Erörterungen

über einige

Streitfragen des bayerischen Civilrechts

bezüglich des

Erbrechtes der Ehegatten,

ein Beitrag

zum teutschen Privatrecht

von

Heinrich Haas,
k. b. Landrichter a. D. A.

Leipzig, 1856.
In Commission bei Edmund Stoll.


VE
RI
TAS

Erörterungen

über das,

auf den kinderlosen Todesfall, dem überlebenden Ehetheile
aus dem Nachlasse des verstorbenen Gatten

zustehende Erbrecht,

nach den Bestimmungen

des

Codicis civilis Maximilianei,

mit Rücksicht auf die des gemeinen Rechts,

und

insbesondere nach dem Stadtrechte von München, dem sogenannten
Privilegium Albertinum vom Jahre 1500,

ein Beitrag

zum teutschen Privatrecht und Versuch, zur Lösung einer Streitfrage
aus dem bayerischen Civilrechte,

von

Heinrich Haas,
k. b. Landrichter a. D. A.

Leipzig, 1856.
In Commission bei Edmund Stoll.

For T 7
H

Rec. Oct. 2, 1905.

Schnellpressendruck v. C. H. Kunstmann in Erlangen.

Vorwort.

Die hier erörteten Controversen sind für die Rechtswissenschaft im Allgemeinen, wie insbesondere für das Rechtsleben vieler bayerischer Staatsbürger und aller Einwohner der königl. Residenzstadt München von zu großer Erheblichkeit, und berühren zu belangreiche Vermögensobjecte, als daß ihre Lösung gleichgiltig aufgenommen werden könnte. Ohneracht das Münchner Stadtrecht mit dem bayerischen Civil- und dem gemeinen teutschen Privat-Recht im engsten Zusammenhange steht, so sind doch, im Widerspruch mit älterer Rechtsübung, die Ansichten vieler jetzt lebender bayerischer Rechtsgelehrten über die Natur, den Umfang und die Wirkung der einschlägigen Stellen des albertinischen Privilegiums so sehr getheilt, daß es längst für ein dringendes Bedürfniß anerkannt wurde, der Sache auf den Grund zu sehen und dadurch Schwankungen in der Gesetzes-Anwendung zu beseitigen. Obwohl nun schon der für die Wissenschaft viel zu früh verlebte königl. Regierungsassessor Auer in seiner verdienstlichen und gründlichen Schrift über das Münchner Stadtrecht, diesem Befürfnisse Abhülfe zu leisten bemüht war, so sind dennoch seitdem die Ansichten der Practiker über die gesetzlichen Bestimmungen, bezüglich der Ansprüche über-

lebender Ehegatten im kinderlosen Todesfall, auf Neue in die schroffesten Gegensätze gerathen, und hat sich das Bedürfniß wiederholt herausgestellt, die Lösung der strittigen Fragen, bevor der Knoten mit dem Schwerdte der Praxis durchhauen wird, auf theoretischem Wege ihrem Ziele näher zu führen. Diese Art der Lösung hat sich der Verfasser vorliegender Schrift zur Aufgabe gesetzt, der er nach Kräften zu entsprechen bemüht war. Im Resultate mit Auer einverstanden, hat er die Richtigkeit von dessen Ansichten nur noch umsichtiger und tiefer zu begründen gesucht. Seit der jüngsten Vereinigung mehrerer bedeutenden Nebenorte mit dem älteren Burgfrieden von München, der Errichtung eines neuen Kreis- und Stadtgerichts, rechts der Isar, und Ausdehnung der Ortsstatuten und Gewohnheiten auf den so erweiterten, oder künftig noch zu vergrößernden Burgfrieden der Stadt, gewinnt der Gegenstand dieser Erörterung für Juristen, wie für jeden Einwohner der bayerischen Haupt- und Residenzstadt noch mehr an Bedeutung.

---

§. 1.

Allgemein einleitende Bemerkungen.

Jede in Teutschland mögliche Art der Rechtspflege, sie bezwecke vorsorglich die Sicherung erst zu begründender oder den richterlichen Schuz gegen Angriffe auf schon erworbene, aber bedrohte, oder zur Wiederherstellung bereits ganz oder theilweise entzogener Rechte, setzt vor Allem die genaueste Berücksichtigung der Entstehung, der Natur und des Umfanges, so wie des Verhältnisses der zu verwendenden Rechtsnormen zu anderen gesetzlichen Bestimmungen gleicher oder ähnlicher Art voraus, um ihre Wirkung darnach bemessen zu können, widrigenfalls die Betheiligten stets der Gefahr ausgesetzt sind, für eine vereinzelte Rechtsverletzung ein offenes, ihre Ansprüche allgemein vernichtendes, oder wenigstens ein neues Unrecht für ein älteres eintauschen zu müssen.

Wenn nun rechtsgrundsätzlich längst feststeht, daß in der Anwendung der Gesetze und Gewohnheiten das persönlich oder rein individuelle Vorrecht, das Privilegium, im engsten und eigentlichen Sinn des Worts, den Vorrang einnehme vor den Vor- und Sonderrechten, Immunitäten, einzelner Klassen von Personen oder Corporationen, als moralischen Personen, für bestimmte Fälle, welche man wohl auch, jedoch nur uneigentlich Privilegien genannt hat, beide aber vor den Local- und Landes-Statuten, oder den landesherrlich bestätigten Gewohnheitsrechten aller Bürger einer Commune oder einer Provinz in allen oder in einzelnen sie angehenden Rechtsverhältnissen, welche wohl auch unter der Benennung von Privilegien, im uneigentlichsten Sinne, vorkommen, aber mit den gesetzlichen Benefizien oder Rechtswohlthaten, als rein singulären gesetzlichen Aus-

nahmsrechten, denen zuweilen wohl auch der Name von Privilegien abusive beigelegt wird, nicht verwechselt werden dürfen, das Localstatut wiederum dem Landesstatut, oder Provinzialrecht, dieses endlich dem gemeinen in Teutschland geltenden Rechte vorangeht, und wenn dabei noch festgesetzt ist, daß das speciellere dem generellen, das neuere dem älteren über gleiche Objecte verfügenden Recht derogirt, so kommt nur noch zu alle dem die rechtsgeschichtliche Erwägung hinzu, daß mit Ausnahme der, alle Einwohner teutscher Länder verpflichtenden Reichsgesetze, das sogenannte gemeine in Teutschland zur Geltung gelangte Privatrecht, welches zum Theil auch durch die Reichsgesetze selbst wieder limitirt ist, in seinen sich coordinirenden oder subordinirenden dispositiven Bestandtheilen oder Rechtsbestimmungen nur als Inbegriff mehrerer Gewohnheitsrechte aufzufaßen ist, die, ohne unter dem Einfluß eines gemeinsamen Prinzips, aus dem sie hervorgegangen wären, zu stehen, nur nebeneinander gereiht sind und sich öfters sogar feindlich gegenüber stehen, indem sie aus verschiedenen Rechtsgewohnheiten und Quellen entsprungen, meist ihre nur particuläre und provinzielle Entstehung verrathen, die nur durch die Abstractionen der Praxis und Doctrin von mehreren, ihrer Art gemeinsamen Merkmalen und Zwecken mit der Zeit generalisirt worden sind, wenn sie nicht schon zur Zeit ihrer Sammlung und Niederschreibung als ein in sich geschlossenes Ganze auftraten; oder wie der Sachsenspiegel in Niederteutschland, der Schwabenspiegel in Oberteutschland zum Theil Gesetzeskraft hatten oder durch die Praxis ein dieser fast gleichkommendes gerichtliches Ansehen gewannen. Selbst das glossirte römische Recht, als ein Hauptbestandtheil des juris communis, hat in Teutschland nie den Charakter eines Gewohnheitsrechts verleugnet, weil es vom Reiche niemals ausdrücklich recipirt, vielmehr nur unter Begünstigung der rechtsgelehrten Geistlichkeit und bei seiner wissenschaftlichen Grundsätzlichkeit und Consequenz, durch Vermittlung und Uebung der übrigen Rechtsgelehrten Eingang in Teutschland gefunden, immer aber dabei nur als subsidiär anwendbares Gesetz gegolten hat. Augenscheinlich errang es vorerst nur

insoferne Ansehen und Geltung in den Gerichten, als das Gewicht seiner rechtsphilosophischen, auf die Rechtsbildung und Rechtspflege aller Länder und Nationen anwendbaren Wahrheiten, es für allgemein wissenschaftliche Abstractionen empfahl, keineswegs aber durch seine concret positiven Sätze und Lehren, da für Teutschland zunächst immer noch seine Gesetzesvorschriften und Rechtsgewohnheiten nur in heimathlichem Boden wurzelten.

Wenn troß dem einzelne concrete Rechtsbestimmungen des römischen Gesetzes, durch verschiedene Umstände begünstigt, auch auf ursprünglich teutsche Rechtsverhältnisse Anwendung fanden, so konnte es nur durch neue, die alten Rechtsgewohnheiten verdrängende Acte der gesetzgebenden Gewalt, oder durch Begründung neuer an die Stelle der alten Uebungen tretender Rechtsgewohnheiten, oder endlich auf dem Wege particularrechtlicher Verschmelzung von römischen mit teutschen Rechtsgewohnheiten zu einem neuen Ganzen geschehen. Nur in den beiden ersten Fällen konnte das römische Recht als Quelle und Grundlage der neuen Rechtsübung angesehen und subsidiär zur Anwendung gebracht werden; im dritten Fall dagegen hatte das neugestaltete Recht von und an seine eigene, von fremdem Rechte unabhängige Grundlage gewonnen, nnd konnte, was seinen Inhalt betrifft, als gemischtes Particulargesetz nur aus sich selbst und nach allgemeinen wissenschaftlichen Regeln der Hermeneutik erklärt werden. Nachdem die teutschen Fürsten über ihre einzelnen Territorien die Landeshoheit und mit dieser die gesetzgebende Gewalt, oder wenigstens den vorzüglichsten Antheil daran errungen hatten, begegnen uns aus diesem Grunde häufige Beispiele der letzteren Art; namentlich aber machte sich die Territorial-Legislation in Beziehung auf die Feststellung der ehelichen Güterstände und die Rechte der überlebenden Ehegatten an das eheliche Vermögen bei eintretenden Todesfällen insoferne unabhängig vom römischen und früheren einheimischen Rechte geltend, als es z. B. die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft auf vertragsmäßige Eingehung und auf Ortsgewohnheiten beschränkte, und das römische Dotalsystem, oder überhaupt den getrennten Güterstand des römischen Rechts

mit der teutschen Gütergemeinschaft in einen zwar nicht ganz neuen ehelichen Güterstand, nemlich den der Errungenschaftsgemeinschaft, bei im Uebrigen getrennten Eigenthum der Eheleute an dem beiderseitigen Vermögen, auf eine früher nicht gekannte Weise verschmolz, hiernächst eben so unabhängig vom gemeinen Recht, auf den Todesfall des einen Ehegatten dem Ueberlebenden, an dessen Nachlaß gewisse althergebrachte Ansprüche und Antheile kraft des Gesetzes zwar noch sicherte, aber auf ein billigeres Maas zurückführte, als es nach früheren teutschen ehelichen Güterverhältnissen, die ihm bald größere bald geringere Ansprüche auf den Todesfall gaben, der Fall war, oder sie ihm auch aus besonderer Vergünstigung erst aufs Neue zugestand, wo er nach römischem Recht nur ein ganz singuläres und beschränktes, oder gar kein, und nur zum Schuz gegen fiscalische Ansprüche dienendes, höchst seltenes und entfernt eventuelles Erbrecht hatte.

Daher leuchtet von selbst ein, daß bei einer solchen rein particularrechtlichen Umgestaltung der ehelichen Vermögens- und Erbrechte die Anwendung des gemeinen und insbesondere des nur subsidiären römischen Rechts, wo nicht ganz ausgeschlossen, doch wenigstens auf ein so geringes Maas reduzirt werden mußte, daß sich bei Auslegung zweifelhafter Bestimmungen solcher Particulargesetze die Hermeneutik nur auf die grammatische Kritik des Textes zu beschränken und etwa die Natur und die Entstehung des neuen Particularrechts auf rechtshistorischem Weg nachzuweisen, dabei aber gänzlich zu unterlassen hat, diejenigen Consequenzen des gemeinen, geschweige denn des römischen Rechts auf das Particularrecht zu übertragen, welche nur so lange Anwendung finden konnten, als die Verschmelzung gemeinrechtlicher Gewohnheitsrechte zu einem neuen Ganzen noch nicht statt gefunden hatte, sondern überhaupt nur das gemeine Recht im Lande noch Geltung hatte.

Was die Ansichten einzelner Rechtsgelehrten betrifft, als ob durch Usualinterpretationen alte Gesetze und Rechtsgewohnheiten dadurch aufgehoben oder beschränkt werden könnten, daß der rerum judicatarum auctoritas die Natur und Eigenschaft eines Gewohnheitsrechts zukomme, so kann dies nur auf

einem Mißverständniß beruhen, indem der Begriff Usualinterpretation im römischen Sinne wenigstens, nur die gleichzeitig mit dem Text des Gesetzes als maasgebend angenommenen Anmerkungen der Glossatoren, die sogenannten Glossen, die nun einer weiteren Verbesserung oder Abänderung nicht mehr fähig sind, bezeichnet, sonst aber nur einer, in einem Collegium ein für allemal angenommenen, doctrinellen Auslegung des Gesetzes gleichkommt, welche nicht vim legis hat, und dem treffenden Collegium nur die moralische oder dienstreglementäre Verpflichtung auferlegt: sich in seinen Entscheidungen angemessener Consequenz zu befleißigen, keineswegs aber für andere Gerichte oder für das Collegium selbst zur Rechtspflicht erhoben ist. Die Vergegenwärtigung dieser sonst jedem Juristen wohl bekannten Sätze in vorliegender Einleitung darf um so mehr als zuläßig erscheinen, als nur bei ihrer unverrückten Festhaltung eine sichere Basis für die weiter folgenden Erörterungen gewonnen werden kann. Es erübriget nun noch, den treffenden Inhalt des sogenannten privilegii Albertini mit den Bestimmungen des römischen, des alten teutschen und bayerischen und des neuen bayerischen Landrechts über das Erbrecht der Ehegatten auf den kinderlosen Todesfall näher zu vergleichen, um die Lösung der vorwaltenden Controverse zu ermöglichen.

§. 2.

Bestimmungen des römischen Rechts über das Erbrecht oder die Ansprüche der Ehegatten auf den Todesfall.

In diesen und den folgenden §§ werden zur bequemeren Uebersicht und Vergleichung der einzelnen gemeinrechtlichen und statutarischen Bestimmungen, welche das Erbrecht, oder auch das Recht des überlebenden Ehegatten an den Nachlaß des Verstorbenen betreffen, mit Rücksicht auf den ehelichen Güterstand dem Leser vorgeführt, und zwar, was zunächst die des römischen Rechts betrifft, der Text nicht wörtlich wiedergegeben, sondern die Lehren darüber nach den bewährtesten Handbüchern des römischen Rechts, in welchen der Text schon kritisch behandelt und verarbeitet vorliegt, kurz, doch im Zusammenhange dargestellt [1].

1) Glück, Intestaterbfolge.

In Ermangelung aller Blutsverwandten, welche ab intestato nach römischem Recht berufen waren, und eines vom Erblaßer errichteten Testamentes, trat nach älteren, strengeren Gesetzen der Römer, das Recht des Fiscus in Kraft, in Gemäßheit dessen Letzterer den Nachlaß als bonum vacans auf Grund seiner Occupations-Befugniß an sich zog, wenn er nicht ausnahmsweise Andere statt seiner occupiren ließ[2]).

Denn da ein überlebender Ehegatte nicht zu den Blutsverwandten, sondern zu den verschwägerten Personen des anderen Ehetheils zählt, die Intestaterbfolge aber nur auf die Blutsverwandten des Erblassers sich beschränkte, so war nach dem Grundsatz affinitatis jure nulla successio permittitur[3]) Anfangs dem überlebenden Ehegatten gar kein Anspruch an den Nachlaß des Verstorbenen dargeboten; vielmehr übte der Fiscus, ohne Rücksicht auf ihn zu nehmen, das ihm zustehende Occupationsrecht aus. Wohl nur aus Rücksicht auf die Härte dieses fiscalischen Rechtes und die Unbilligkeit der Nichtberücksichtigung des überlebenden Ehegatten verlieh das prätorische, und in dessen Aufrechthaltung, später das justinianische Recht dem überlebenden Ehegatten eines ohne Blutsverwandte ab intestato Verstorbenen, ausnahmsweise, das singuläre Beneficium des Universalerbrechts in des Verstorbenen Nachlaß, welches demnach keineswegs nach den Grundsätzen der natürlichen Erbfolge der Blutsverwandten beurtheilt werden darf, wenn es auch unter die gesetzliche Succession ab intestato insoferne zählte, als der Verlebte durch Testament über seinen Nachlaß ganz anders verfügen und dieses gesetzliche Erbrecht dem Ueberlebenden entziehen durfte[4]).

Diese nur höchst eventuelle Succession des überlebenden Ehegatten, deren Geltendmachung nach der Natur der Sache nur selten statt finden konnte, verpflichtete ihn als Universal-

---

2) L. 4. C. de bonis vacant.

3) L. 7. C. communia de successionibus, l. 5. C. de haeredib. instituend., l. 8. D. de condic. caus. dat, l. 38. §. 1. D. de usuris Bynkershoek observ., lib. 5. cap. 6.

4) Lex unic. C. unde vir et uxor.

erben, und weil er den Erblasser in allen seinen Rechten und Verbindlichkeiten repräsentirte, auch zur Tilgung der auf dem Nachlaß haftenden Schulden und Verpflichtungen.

Eine zweite gleichfalls auf singulärer Anordnung beruhende Berechtigung an den Nachlaß eines Verstorbenen beruhte auf dem Anfangs bestandenen Grundsatz: daß wenn eine Ehe, bei welcher keine dos und donatio propter nuptias constituirt war, durch die Schuld des einen Ehegatten getrennt wurde, der Unschuldige ein Viertel des Vermögens des Schuldigen zu empfangen hatte, was dann später von Justinian auf den Fall der Auflösung der Ehe durch Tod, jedoch unter der Bedingung ausgedehnt wurde, daß der Verstorbene reich, der Ueberlebende aber arm war. Dieser Anspruch des Ueberlebenden stand demnach mit dem Intestaterbrecht der Blutsverwandten in gar keinem Zusammenhang, und konnte recht wohl ganz getrennt davon bestehen, war auch nicht als ein Intestaterbrecht, vielmehr nur als eine billige Unterstützung des Ueberlebenden aus dem Nachlaß des Verstorbenen zu betrachten. Es wurde zuletzt nur der armen Wittwe, jedoch mit der weiteren Beschränkung zugestanden, daß wenn die Frau mit vier oder mehreren Descendenten concurrire, sie nur auf einen Kindstheil Anspruch zu machen habe, und auf diesen nur den Nießbrauch erlange. Jedenfalls aber participirte sie an dem Nachlaß mit einem Viertel, wenn andere Verwandte als Kinder oder auch Dritte als Testaments- oder Intestaterben concurrirten, und sie nicht selbst auf ihren Antheil oder mehr als Erbin im Testamente mit eingesetzt war, in welchem Falle sie nach Novelle 53 §. 1 natürlich auch als Erbin mit für die Schulden zu haften hatte. Es konnte ihr demnach dieses Viertel durch einseitige Verfügungen des Ehemannes und wider ihren Willen, weder unter Lebenden noch von Todeswegen entzogen werden, so daß diese Gebührniß der Wittwe zwar mit dem Pflichttheil allerdings einige Aehnlichkeit hatte, sich aber dadurch davon wesentlich unterschied, daß sie ihr nicht wegen der bei Kindern vorkommenden Enterbungsursachen gänzlich entzogen werden durfte. Die verhältnißmäßige Tilgung der Schulden des Ehegatten, welche ihr überhaupt gleich den

Erben oblag, war aber nicht sowohl ihre Pflicht als Erbin, wenn sie nicht anders im Testamente als solche bezeichnet war, als vielmehr die natürliche Folge des Grundsatzes: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, indem ihr die Quart nur nach Tilgung der Schulden auf den reinen Nachlaß zustand, mithin, wenn sie vor Tilgung der Schulden den Nachlaß mit den Erben theilte, sie auch die Passiven nach Verhältniß ihres Antheils an der Theilungsmasse mit übernehmen, und nun nachträglich berichtigen mußte. Intestaterbin des Mannes war sie aber schon um deswillen nicht, weil überhaupt Affinität kein gesetzliches Erbrecht gab, und sie auch nicht in anderen Verbindlichkeiten des Ehemanns gleich den Erben einzutreten hatte, eben deshalb z. B. Bürgschaften desselben auf sie nicht mit vererbten, so wenig als auf Legatare, vielmehr nur von dessen eigentlichen Erben zu vertreten waren. Die Quarte fand daher nicht statt, wenn eine dos vorhanden war. Es ist nur jene Ansicht der Rechtsgelehrten für die richtige zu halten, welche die Quarte, oder den Kindstheil als ein der armen Ehefrau zustehendes, auf den reinen Nachlaß haftendes Forderungsrecht gegenüber den Erben bezeichnen. Die Erwerbung der Quarte, oder statt deren des Kindestheils fand unmittelbar, Kraft des Gesetzes statt, setzte daher weder eine Delation noch Adition voraus und die Acquisition war nur durch die Theilung und Uebergabe bedingt, wie sie bei jeder anderen Eigenthumserwerbung vorkommt. Sie gab auch der Wittwe keine Rechte, welche nur den Erben zukommen, namentlich kein Transmissions- und Accreszenz-Recht. Der Abzug der Quarta falcidia stand der Wittwe gleichfalls nicht, sondern nur den Erben zu, der Wittwe kam sonach auch auch keine haereditatis petitio und kein possessorisches Rechtsmittel, sondern nur eine rei vindicatio oder eine condictio ex lege zu gerichtlicher Verfolgung ihres Anspruchs zu Hilfe, wenn sie nicht ausnahmsweise ausdrücklich zur Erbin mit eingesetzt war. Beide genannte Arten von Ansprüchen der überlebenden Eheleute wurden übrigens nur der Zweckmäßigkeit und des äußeren Zusammenhangs halber zuerst von Hugo Donellus, dem Intestaterbrecht der Blutsverwandten, wie we-

sentlich innere Verschiedenheiten auch zwischen diesen und jenen bestanden, in seinem Systeme angereiht. Durch diese blos doctrinäre Behandlnng des Stoffs konnten indessen beide Erstere nicht in Letztere verwandelt, oder nach deren Grundsätzen beurtheilt werden, beide mußten vielmehr in ihrer Singularität ganz unabhängig davon fortbestehen.

Die Errungenschaft während der Ehe war entweder Eigenthum des acquirirenden Ehetheils, in dubio aber des Ehemanns. Nach durch den Tod getrennter Ehe hatte weder der Ehemann auf die dos der Frau, noch diese auf die donatio propter nuptias des Ersteren einen Nießbrauchs-Anspruch, beide Güterobjecte mußten vielmehr den Erben des Verstorbenen sofort restituirt werden. Die Ehefrau haftet daher auch nicht für die Schulden des Ehemanns, wenn sie sich nicht als Selbst- und Mitschuldnerin speziell verpflichtet hat.

§. 3.

Bestimmungen des teutschen Rechts in den betreffenden Rechtsfragen bei allgemeiner ehelicher Gütergemeinschaft.

Als der zweite Hauptbestandtheil des gemeinen in Teutschland geltenden Rechts, welcher Einfluß auf den ehelichen Güterstand und die Rechte der Ehegatten auf den Todesfall hat, sind die teutschen Gewohnheitsrechte zu beachten, und auch hierüber genügt es sich auf die Darstellung bewährter Rechtslehrer zu beziehen [1]). Als das römische Recht in Teutschland verbreitet wurde, hatten schon mehrere Statute eine eigentlich allgemeine Gütergemeinschaft angenommen, insoferne man von einzelnen Verhältnissen, die bei der Ehetrennung eintraten, auf das Dasein eines Gesammteigenthums während der Ehe zurückschließen konnte. In den ältesten Volksrechten ist zwar keine Gleichförmigkeit des Details der Güterrechte der Ehegatten anzutreffen, allein die Gründe und Ansichten, aus welchen spätere Verhältnisse sich entwickelten, finden sich schon darin. Doch ist wahre allgemeine Gütergemeinschaft, wenn

1) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts.

sie in einzelnen teutschen Ländern, namentlich in einigen ehemals zu Ostfranken gerechneten Gauen und anderwärts in der Art vorkommt: daß alle Güter beider Ehegatten, ohne Unterschied der Arten des Vermögens, unzertrennlich gemein werden, der Ueberlebende bei kinderloser Ehe die gesammte Habe erhält, bei vorhandenen Kindern aber, auf den Grund der elterlichen Curatelrechte über sie, mit diesen in prorogirter Gütergemeinschaft lebt, bis ein Theilungsgrund zwischen ihnen eintritt, außerdem den sogenannten Beisitz, die Nutzung und Nießung am gesammten Vermögen behält, den Kindern ihren Antheil daran einstweilen nur auszeigt, und nur die Pflicht der Fortführung des gemeinsamen Hauswesens, der Erziehung, der Ernährung und der Ausstattung der Kinder im Falle ihrer Verheirathung zu erfüllen hat, den älteren Rechten völlig unbekannt. Dagegen ist die Spur der Errungenschaftsgemeinschaft darin nicht zu bezweifeln, obschon sich alle Bestimmungen darüber am Ende doch nur auf Statutarrecht beschränken. Völlig fremd ist z. B. von jeher den alten und neuen bayerischen Rechtsbüchern die allgemeine Gütergemeinschaft geblieben, und hat sich nur in einzelnen Städten, wie Ingolstadt und Landshut als örtliches Statut ausgebildet. Die Rechtsforschung im Bereiche des gemeinen Rechts sieht sich daher wegen Geltung beider Arten von Gütergemeinschaft zuletzt immer nur auf Orts- und Landesrechte verwiesen, und dies gilt auch in Beziehung auf die Rechte auf den Todesfall. Uebrigens ist in Bestimmung des ehelichen Güterstandes und der Rechte des Ueberlebenden daran in den verschiedenen teutschen Ländern die verschiedendste und mannichfachste Uebung bemerkbar. Nur soviel ist allgemeiner Grundsatz auch des gemeinen Rechts, daß Orts- und Landesstatutarrechte vor anderen gesetzlichen Bestimmungen dabei maasgebend seien.

Zwei Hauptansichten treten aber bei der allgemein ehelichen Gütergemeinschaft in den Vordergrund, von welchen die eine das Vermögen beider Ehegatten schon während der Ehe als eine untrennbare Gesammtmasse annimmt und dem Ehemann die entscheidenden vorzüglichen Rechte daran einräumt und erst nach dem Tode eines Ehegatten die Hauptwirkung

davon hervortreten läßt, die andere Ansicht aber auch schon während der Ehe alles Vermögen der Ehegatten als in eine Masse zusammengeflossen ansieht, aber beiden Ehegatten gleiche Rechte daran beilegt, oder der Ehefrau während der Ehe nur eventuelle Rechte am Gesammtvermögen sichert, welche erst bei Auflösung der Ehe wirksam werden und das Dispositionsrecht dem Ehemann während der Dauer der Ehe über alles Vermögen, etwa mit Ausnahme gewisser Vermögenstheile, einräumt, der Frau dagegen nur freie Hand in Haushaltungsgegenständen läßt.

Das Recht der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten: über das Vermögen zu testiren, ist auch bei diesem Güterstand an sich gemeinrechtlich nicht unbedingt ausgeschlossen, hängt vielmehr nach den verschiedenen Bestimmungen und dem Geist einzelner statutarischer Vermögens- und Erbrechte davon ab: ob die unzertrennliche Gemeinschaft der Ehegatten an der vermischten Vermögensmasse schon während der Ehe unbedingt anerkannt ist, oder erst auf den Todesfall eintritt, oder jedem Ehegatten schon während der Ehe sein halber Antheil daran gesichert ist, oder endlich nur eine eventuelle sichere Anwartschaft auf ein Eigenthum an der Hälfte des Vermögens oder aufs Ganze darbietet, wie dieß z. B. nach dem sicher auf uralten Herkommen beruhenden bambergischen Güterstande der wechselseitigen Erbfolge der Fall ist, wo zwar das beiderseitige gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Ehegatten gemeinschaftlich, jedoch nicht, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, schon während der Ehe mit einander vermischt, sondern wie bei dem Dotalsysteme auseinander gehalten wird[2]). Es könnte dieß unbedingt zwar durch wechselseitige Einwilligung beider Gatten über das ganze Vermögen, oder wenigstens während der Ehe über den jedem Ehegatten schon daran zukommenden Antheil, geschehen, kann dagegen nicht da vorkommen, wo die Wirksamkeit der Gütergemeinschaft erst mit dem Moment des Todes des einen Theils eintritt, wenn gleich dem Ueberlebenden sein nur eventueller Erbtheil am Ganzen oder an einem Theil daran schon im Voraus mit Eingehung der Ehe gesichert ist.

2) v. Spies, Handbuch des Bamberger Provinzialrechts §. 53 S. 53.

Die Haftung der Ehegattin für die Schulden des Ehemannes, die ohnehin nnr mit Beschränkung eintritt, gleich der Pflicht: ihren Mann, wenn er von seinen Gläubigern bedrängt ist, dem Druck der strengen Execution zu entziehen, in beiden Fällen aber das ihr eigenthümliche Vermögen zur Zahlung zu verwenden, läßt sich in und außer diesem allgemeinen Güterstand schon aus dem gemeinschaftlichen Interesse beider Ehegatten und der Innigkeit des ehelichen Verhältnisses erklären und entscheidet daher für kein bestimmtes eheliches Güterverhältniß [3]).

Teutsches Erbrecht, mithin auch das begünstigte der Ehefrauen, war unter dieser Benennung schon vor und nach der Aufnahme der fremden Rechte in den einheimischen Gewohnheiten begründet. Es umfaßte alles Successionsrecht am Vermögen des Verstorbenen, bevor noch an den Begriff der testamentarischen und Intestaterbfolge, im Sinne des römischen Rechts, dessen Grundsätze über das einheimische Erbrecht übrigens in beiden Beziehungen erst mit dem Ende des fünfzehnten und Anfang des sechszehnten Jahrhunderts, doch nur zum Theil den Sieg errangen, zu denken war [4]).

Es bezog sich aber das einheimische Erbrecht theils auf den unmittelbaren Uebergang des erledigten Besitzes von Familien- und Erbgütern, Aigen, an die dazu berechtigten vorzugsweise männlichen Blutsverwandten des Erblassers, oder nur auf die fahrende Habe und statuirte zwischen beiden verschiedene Ansprüche, ohne eine Universalsuccession des Erben in alles Vermögen des Verstorbenen ohne Unterschied, ohne die vom römischen Recht allein fingirte Personen-Einheit mit dem Erblasser anzunehmen, besonderen Erbschaftsantritt und Erwerbung zu fordern, wohl gar ein Repreſentations- oder Accreszenz- oder prätorisches Erbrecht zuzulassen. Wenn daher die um jene Zeit schriftlich fixirten Statutar- und Ge-

3) Mittermaier, Grundsätze des gemein. deutschen Privatrechts II. §. 352.

4) v. Maurer, Gesch. des allgem. und altteutsch. öffentl. Gerichtsverfahrens §. 84. Mittermeier, Grundsätze I. §. 13 ff.

wohnheitsrechte auch von Erben (im teutschen Sinne) sprechen, so kann aus diesem Wortgebrauch keineswegs darum allein auf römische Intestaterbfolge von dem Interpreten geschlossen werden; vielmehr streitet die Vermuthung für das Gegentheil davon, für das teutsche Erbrecht um so mehr, wenn schon ältere Statute sich über das Erbrecht mit verbreitet hatten.

Daß aber Testamente im römischen Wortverstand und mit römischen Solennitäten in den früheren Zeiten in Teutschland entweder gar nicht oder nur bei Vermächtnissen an Kirchen und Klöster durch Vermittlung der des römischen Rechts schon kundigen oder schon in manchen romanisirten Gegenden unter seiner Herrschaft lebenden Geistlichen, und im uneigentlichen Sinne etwa auch unter Fürsten und Adel ausnahmsweise vereinzelt vorkommen, dagegen bei dem dritten Stand, den Bürgern und Bauern vor Ende des 15. Jahrhunderts, wo Intestat und testamentarische Erbschaft des römischen Rechts zum Theil erst Eingang fand, ganz unbekannt und nicht in Uebung waren, wogegen der Teutsche in der Regel durch Erbvertrag, wie noch Heutzutage häufig vorkommt, oder früher durch Uebergabe oder Erklärung vor Gericht, Auflassung, zur Erlangung der Gewere über seine künftige Verlassenschaft zu verfügen gewohnt war, ist ausgemachte rechtsgeschichtliche Thatsache [5]).

Oefters beruheten letztwillige Verfügungen nicht einmal auf Vertrag, geschweige denn auf Testament oder Codizill, sondern nur auf einseitiger und formloser Willensäußerung des Verfügenden, um schon bindende Kraft zu haben [6]). Der etwa abusiv vorkommende Ausdruck Testament bezog sich dann nur auf Schenkungen an die Kirche oder auf das Seelgeräthe des Verfügenden, dessen Aufrechthaltnng für Gewissens- und Rechtspflicht der Ueberlebenden angesehen wurde. Man vergleiche

---

5) Mittermaier, Grundsätze II. §. 407. Not. 24 u. 401. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 440 ff. §. 443 Not. e und §. 374.

6) Mittermaier a. a. O. §. 402, 407. Eichhorn a. a. O. §. 374.

z. B. das Testament Wolframs von Dornberg vom 3. September 1288, Inhalts dessen der Testator nur bezüglich seines Seelgeräthes verfügte, während seine Schwiegersöhne, der Graf Ludwig von Oettingen und Gottfried von Heideck sofort als dessen Erben die Erbschaft antreten und das Seelgeräthe ihres Schwiegervaters aufrecht zu erhalten versprachen, Schüz corp. dipl. brandenb. IV. Abhandlung S. 137 [7]).

Es konnte daher die nur römische Rechtsparömie: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest bei Erbschaften aus teutschen Gewohnheitsrechten noch gar nicht anschlagen, da die Ansprüche der Blutsfreunde an einzelne Vermögenstheile und die Befugniß der Erblasser, nur über einzelne Arten derselben zu verfügen, ihr nach teutschem Erbrechte entgegen standen, daher schon Kreitmaier in seinen Anmerkungen Thl. III. Cap. 3. §. 9. Nr. 4. jene Regel für eine des Ausmärzens würdige römische Subtilität erklärt, mithin deren Wirksamkeit nicht weiter ausgedehnt hat, als insoweit das neue bayerische Erbrecht dem römischen nachgebildet und nicht auf teutsches Recht basirt war.

Uebrigens läßt sich aus der vorherrschenden teutschrechtlichen Gewohnheit, Erbvertärge zu errichten, auch leicht erklären, warum dem Paziszenten frei stand, auch nur über einen Theil seines Vermögens und nicht, wie bei Testamenten erforderlich wird, über das Ganze zu verfügen, und warum wechselseitige Testamente im Zweifel für pacta successoria angenommen werden, wo nicht ausdrücklich erhellt: daß sie widerrufliche Testamente sein sollen, indem sie längst vor Einführung des römischen Rechts in Teutschland bestanden, mithin auf teutschem, nicht römischem Recht, das sie nicht kannte, beruheten [8]).

Geschäft, Todgeschäft oder Geschäft im Sterben heißt überhaupt eine letztwillige Verfügung, also auch ein Erbvertrag

7) Mittermaier und Eichhorn a. a. O.

8) Bülow und Hagemann, pr. Er. IV. Nr. 29. Cod. Max. Th. III. Cap. 4. §. 11. Nr. 7. sammt Anmerk. zu Cap. 11. §. 1. Nr. 8. Glück, Pandekt Comm. 35. Bd. S. 58, 59, 60 u. 64 Not. 51.

und keineswegs blos ein Testament oder Codizill im Gegensatz von Ehegeding, wie z. B. die Nürnberger Rechtsgelehrten erst in späterer Zeit in dem Additionaldecrete, Nr. 697 der Sammlung davon, aber ganz gegen den ursprünglichen Sinn der teutschen Rechtssprache bestimmt haben. Denn die Reformation unterscheidet allerdings Gedinge und Geschäfte, dann Geschicke. Unter den Gedingen begreift sie Heiraths- oder Eheverträge mit oder ohne Bestimmungen auf den Todesfall oder Ehe und Erbverträge, Heirathsabreden, pacta dotalilia et successoria bei der Eheberedung.

Unter Geschäften subsumirt sie aber alle übrigen erst nach der Heirathsabrede zwischen Ehegatten oder sonst auch mit Dritten zu Stande gebrachten letztwilligen Verfügungen, sowohl Testamente als Erbverträge, unterschied sie aber sorgfältig wieder von den Gedingen in den Eheverträgen, und setzte den Gedingen durch die Eheverträge zur Unterscheidung davon die Testamente entgegen, indem es immer von Testamenten und (anderen) letzten Willen und von Codizillen spricht, forderte jedoch für beide Arten von Geschäften gleiche Form, die Testamentsform und Niederlegung; Geschicke aber nahm sie gleichbedeutend mit Legaten. Dadurch benahm sie aber den Erbverträgen an sich noch nichts an ihrer Unwiderruflichkeit und unterschied sie vielmehr sorgfältig von widerruflichen Testamenten und Codizillen [9]).

Gerade durch die allmählige Erschütterung der altteutschen Erbfolge der Blutsfreunde durch das Eindringen des römischen Rechts in Teutschland vermehrten sich die Erbverträge, indem man sich dadurch die herkömmlichen Rechte auf den Todesfall gegen den Einfluß der sie beeinträchtigenden römischen Intestat- und Testamentserbfolge zu sichern und die

---

9) Lahner, Realindex der nürnberg. Gesetze S. 122. Nürnberger Reformation Tit. 28, Gesetz 1, 2, 4, 6, 7, 8, verglichen mit Tit. 29, Gesetz 1, 2, 3, 5, 9, 13 und Tit. 33, Gesetz 3, 4, 6, 7, Tit. 29, Gesetz 1 und Tit. 32, Gesetz 1.

Widerruflichkeit oder Entziehung und Schmälerung derselben zu vermeiden suchte [10]).

Auch der Ehegatten teutschrechtliche Verfügungs- und Erbrechte sind in den meisten Ortsstatuten oder Landesstatuten zwar verschieden, aber nach Maasgabe der herrschenden Güterstände regulirt. Wo daher ein umfassendes Erbsystem darin aufgestellt ist, kann das römische überhaupt gar nicht angenommen werden, und wo Ortsrechte ein eheliches Erbrecht allein bestimmen, kommt zunächst das umfassendere Landesstatut subsidiär in Anwendung, ehe auf gemeines und beziehungsweise römisches Recht zurückgegangen werden kann [11]).

Der Ausdruck statutarische Portion bezeichnet überhaupt nur den Erbtheil, welchen der überlebende Ehegatte in der Regel aus dem Vermögen des Verstorbenen erhält. Die Bestimmungen des sächsischen Rechts darüber sind in Südteutschland in anderer Bedeutung nicht angenommen [12]).

Wirft man sein Augenmerk auf einige bekannte südteutsche Statutarrechte und ihre Bestimmungen bezüglich der statutarischen Portion oder Erbschaft der Eheleute ohne Geschäft, so erhält z. B. nach Nürnberger Reformation

1) bei unverdingten Ehen, oder dem Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft (versammte Ehen) und bei vollkommener Gleichberechtigung an der ehelichen Errungenschaft, die dem Gesammtvermögen zuwächst, der Ueberlebende

a) mit Kindern: die Hälfte des Gesammtvermögens eigenthümlich und die lebenslängliche Nutznießung von dem halben Antheil des Verstorbenen daran;

b) mit Ascendenten, Geschwistern oder deren Kindern desgleichen ein Viertel vom Ganzen

c) mit entferntern Seitenverwandten: zwei Drittheile von der Vermögenshälfte des Verstorbenen.

---

10) Mittermaier, Grundsätze d. d. Pr. §. 401. Hasse, im rhein. Museum 2. Jahrg. 2. Heft, S. 191—195.

11) Siehe die in der Einleitung §. 1 vorgeführten Grundsätze und vergleiche damit Cod. Max Thl. I. Cap. 2. §. 13 und §. 9 mit Anmerk. und Mittermaier Grundsätze II. 391.

12) Mittermaier, Grundsätze II. 392.

und behält die andere Hälfte vom ganzen Vermögen als sein Eigenthum, genießt überdieß den an die Blutsverwandten gelangenden Antheil lebenslänglich, wenn nicht durch weiteren Erbvertrag oder Testament ein Anderes vom Erblasser wegen des Nießbrauchs bestimmt wird.

2) Bei verdingten oder auf Vertrag geschlossenen Ehen erhält der Ehemann

a) sein Ein- und Zugebrachtes, als Eigenthum
b) seinen paktirten Erbsantheil,
c) den Nießbrauch an dem Vermögen des Verlebten, oder was ihm dafür sonst in der Heirathsabred bedingt worden ist,

die Ehefrau,

a) ihr Ein- und Zugebrachtes
b) was ihr im Erbvertrag, der Heirathsabrede, bedingt ist,
c) die lebenslängliche Nutznießung und Verwaltung des Vermögens der Kinder, gegen deren Erziehung und Ernährung während des Wittwenstandes,

sofern bezüglich des Nießbrauchs, in beiden Fällen, durch anderweites Geschäft oder Testament nicht Anderes bestimmt worden ist;

3) bei zweiten Ehen, welche ipso jure den verdingten gleich geachtet werden.

a) Beim Vorhandensein von Kindern nur aus erster Ehe des Verstorbenen uimmt der Ueberlebende sein Eingebrachtes zurück und erhält einen Kindestheil, oder statt dessen, was ihm durch Heirathsvertrag oder durch Geschäft ein wenigeres gedingt versprochen oder geschickt worden ist. Hier zeigt sich recht auffallend die Verschiedenheit des Heirathsgedings vom weiteren Erbvertrag, wodurch etwas gedingt, versprochen wird, und wie unter Geschäft sowohl Testament, mit dem was ihm dadurch geschickt, vermacht, als auch Erbvertrag, mit dem, was ihm durch Geding versprochen worden, von der Reformation verstanden wurde [13]).

---

13) Tit. 38. Gesetz 6 der Reformation, oder wie es in Tit. 28. Ges. 6 heißt: einige Heirathsgeding oder andere Pacta.

b) **Beim Vorhandensein von Kindern aus beiden Ehen.**

Hier nimmt der Ueberlebende sein Ein- und Zugebrachtes zurück, erhält aber keinen Kindestheil und nur den lebenslänglichen Nießbrauch und Beisitz in das mütterliche Vermögen der Kinder zweiter Ehe, und was ihm in der Heirathsabred — oder sonst im letzten Willen durch Testament vermacht, oder geschickt, oder durch Erbvertrag bedingt worden ist.

c) Wenn in anderer Ehe keine Kinder erzeugt und aus erster Ehe auch nicht vorhanden, oder wenn nur Kinder aus der andern Ehe entsprossen sind, so ist die Ehe nicht als ipso jure verdingt, sondern für versammt zu halten und wird dann wie in erster unverdingter Ehe geerbt.

Die Gewinnung wächst bei versammten Ehen der gemeinschaftlichen Masse zu und wird mit dieser vertheilt. In verdingten Ehen dagegen hat jeder Ehegenoß den halben Antheil daran. Wenn aber der Verstorbene kein Vermögen in die Ehe gebracht hätte, aber aus erster Ehe oder außereheliche Kinder, so erhält der Ueberlebende an der Gewinnung noch einen Kindstheil.

d) Bei Koncurrenz mit Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkindern, oder

e) mit entferntern Seitenverwandten

wird es in versammten und zweiten ganz kinderlosen Ehen gleich gehalten, in verdingter Ehe aber hat der überlebende Gatte zu erhalten, wie es oben unter Nr. 2 angegeben ist und die lebenslängliche Nutznießung in dem Vermögen, das auf die Ascendenten und entferntern Blutsfreunde, Geschwister und Geschwisterkinder fällt, insoweit nicht Anderes verfügt ist.

Da nun die Nürnberger Reformation ursprünglich den Ausdruck Geschäft keineswegs nur mit Testament gleichbedeutend, vielmehr entweder von jeder letztwilligen Verfügung oder nur vom Erbvertrage gebraucht, und erst das Additionaldecret S. 697 dieses Wort für identisch mit Testament genommen hat, so konnte ursprünglich vielmehr unter Erbschaft ohne Geschäft sowohl Intestat als nicht pactirte Erbschaft

verstanden werden, und in letzterer Beziehung konnte ihr nur deutsches Erbrecht zur Grundlage dienen. Erst durch die Erklärung des Additionaldecrets ist die nürnbergische Erbfolge ohne Geschäft in die römische Intestaterbfolge, mit der sie aber fast überall im Contraste steht, verkehrt worden, woran sich nun nichts mehr ändern läßt. Vor dem Additionaldecret war dagegen unter dem Ausdruck Geschäft auch Erbvertrag und zwar vorzugsweise zu verstehen, neben welchem teutschrechtliche, statutarische Portion, die bei der Intestaterbfolge der Ehegatten undenkbar ist, noch stattfinden konnte.

Daher war ursprünglich nach Nürnberger Reformation aller gesetzliche Erbtheil des Ehegatten eine statutarische Portion, insoweit sie ihm nicht durch Vertrag, mit seiner Einwilligung, geschmälert oder vermehrt wurde.

Nur was an die Seitenverwandten, zumal die Entfernten, von dem Vermögen kommt, nebst den davon abfallenden Nutzungen, und was davon eventuell noch dem überlebenden Ehegatten zugewendet würde, fällt unter dem Gesichtspunkt der Intestaterbfolge, worüber auch Testamente und Codizille errichtet werden konnten; während nach strenger Consequenz des Additionaldecrets nun alles, was der überlebende Ehegatte als Erbtheil empfängt, Intestaterbportion wäre, die ihm horibili dictu durch Testament ganz entzogen werden könnte, indem Alles was er erbschaftsweise erhält und nicht sein Eigenthum in versammten oder verdingten Ehen ist, scheinbar nur unter die allgemeine Rubrik:

„Erbschaft ohne Geschäft, jetzt Testament“ fiele.

Sein Viertel am Ganzen, bei versammter Ehe, ursprünglich statutarische Portion, wäre nun bloser Intestaterbtheil, so wie die zwei Drittheile vom Vermögensantheil des Verstorbenen, wovon die entfernteren Seitenverwandten nur mit einem Drittheile partizipiren, und das Nutznießungsrecht daran.

So war es ursprünglich gewiß nicht angesehen worden, denn die Reformation nahm nirgends den Ausdruck Geschäft nur in der beschränkten Bedeutung des Testaments und Codizills, sondern sprach immer von diesen allein, wo sie die verschiedenen Begriffe auseinander- und den von Testament

besonders fest halten wollte. Denn sie spricht von Testirer oder Geschäftiger, oder Geschäft allein, nur schrieb sie für beide ein und dieselbe Form vor.

Ueberall zeigt sich insbesondere in ihr der Unterschied zwischen Heirathsabred oder Heirathsgeding, Geding oder Vertrag, und Testament und letzten Willen. Sie spricht von „versprochener Uebergabe," was Vertrag oder Schenkung voraussetzt, oder von Geschenk, als Vermächtniß durch Testament oder Codizill, nimmt Gedinge und Versprechen gleichbedeutend, unterscheidet aber davon speziell wieder das Heirathsgeding, daher verdingte Ehe.

Das Gesetz Nr. VI. Tit. XXXIII sagt z. B.:

„So aber in der Abred der Heirath (Heirathsgeding) — oder durch ein Geschäft ein wenigeres bedingt, versprochen oder geschenkt worden"

und

„würde aber solch Heirathgeding, Versprechen, Uebergab oder Geschick"

und Gesetz VII.

„Ob ihm in Abred der Heirath oder sonst in letzten Willen etwas „bedingt" vermacht oder geschickt wäre."

Nun könnte es zwar scheinen, daß eine sehr wesentliche Veränderung durch die Reformation Tit. XXIX. Gesetz VI getroffen sei, indem sie die Testamente und letzten Willen widerruflich errichtet wissen wollte, was in den Worten läge:

„ohnerachtet ob es sich eines andern verpflichtet,"

gerade darauf beruht jedoch die gesetzlich anerkannte Verschiedenheit zwischen Testament und Erbvertrag oder Geding.

Auf das Erbrecht der Eheleute findet jedenfalls das Testament nur insofern Anwendung, als ihnen darin etwas besonders legirt oder verschafft, geschickt wird.

Denn bei der allgemeinen Zuläßigkeit der Erbverträge in Teutschland, durch das gemeine Recht, welches subsidiär auch im Nürnbergischen anwendbar ist, können Eheversprechen zwischen Eheleuten und Verträge über ihre Succession von der Reformation, die sich darüber gar nicht ausspricht, nicht ausgeschlossen sein. Wenn daher kein Testament vorliegt, kann

noch immer ein Erbvertrag auch noch außer einem Heirathsgeding für die Erbschaft maaßgebend sein.

Die Reformation nimmt Geschäfte nur dann in deren beschränktern Sinn von Testamenten, wo es sich darum handelt: die natürliche, gesetzliche oder Intestaterbfolge der Blutsverwandten durch letztwillige Verfügungen abzuändern, also die der Eltern, der Kinder, Geschwister und übrigen Seitenverwandten. Da aber Ehegatten nicht zu den Blutsverwandten des Erblassers gehören, so ist ihr Erbanspruch auch keine Intestaterbportion im römischen Sinne, keine natürliche, sondern eine sonst durch Gesetz oder Vertrag bestimmte und kann daher nicht nach den Grundsätzen der römischen Intestaterbfolge, welche nur die Blutsverwandten berührt, beurtheilt werden. Was ihnen daher insbesondere durch Vertrag oder Gesetz ausgesetzt ist, kann ihnen durch Testament nicht wieder entzogen werden [14]. Wird ihnen aber über ihre gesetzliche oder pactirte Erbsportion ausnahmsweise noch etwas weiteres in einem Testamente zugewendet, so ist dieß allerdings widerrufbar, insofern nicht, wie etwa bei wechselseitigen Testamenten, welche die Kraft eines Vertrags und damit die Unwiderruflichkeit erlangen sollen, die beiderseitige Acceptation und die Absicht der vertragsmäßigen Eigenschaft der Erbportion und des Legats darin ausgesprochen ist.

Von der Succession der Ehegatten auf den Grund der lex unic Cod. unde vir et uxor hat die Reformation nichts bestimmt, daher dieses singuläre Erbrecht derselben allerdings ab intestato statt finden, oder durch letztwillige Verfügung entzogen werden könnte, weil außerdem das fiscalische Occupationsrecht nach der römischen Gesetzgebung eintreten müßte. Da aber dieses Occupationsrecht in Nürnberg nicht angenommen ist [15]), so ist anzunehmen, daß in unverdingten Ehen

---

14) Siebenkäs, Abhandlung von letzten Willen nach gemeinen und nürnberg. Rechten §. 237. ff.

15) Siebenkäs, Intestaterbfolge nach nürnberg. Rechten §. 8, 33, 67, 68, 70, 97, 41, 42, 43, 128.

oder bei allgemeiner Gütergemeinschaft, ihnen die vacante Erbportion, in Mangel aller Blutsverwandten, schon Kraft des ehelichen Condominii an allem Vermögen, von selbst zufällt, und bei verdingten Ehen ebenfalls accreszirt. Denn da dem überlebenden Ehegatten an der Erbsportion der Seitenverwandten ohnehin der lebenslängliche Nießbrauch gesetzlich zugestanden ist, so war, in Mangel derselben, von diesem zum vollen Eigenthum an der vacanten Erbschaft nur ein geringer Schritt, es mochte verdingte oder unverdingte Ehe bestanden haben.

Im Bayreuthischen, wo nach der brandenburgischen Landesconstitution, allgemeine Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten nach Tit. VII. §. 3 als Regel gilt, sind gleichwohl nach §. 2 verdingte Ehen zugelassen, nur mit der Beschränkung, daß bezüglich der ehelichen Successionsfälle, Erbverträge nur in Form von Testamenten, geschehen sollen, wodurch aber keineswegs ausgesprochen ist, daß solche pacta in Testamentsform keine Erbverträge, sondern Testamente seien. Auch ist dabei Tit. IX ausdrücklich verordnet: daß in unbedingter Ehe, wenn weder Descendenz noch Ascendenz des Erblassers vorhanden ist, dem überlebenden Ehegatten die Hälfte des Vermögens nicht entzogen werden dürfe.

In Mangel einer Eheberedung, und wo allgemeine Gütergemeinschaft statt findet,

> erhält bei vorhandenen Kindern der Ueberlebende einen Kindestheil und behält sein Eingebrachtes, und bei Concurrenz der Eltern des Verstorbenen zwei Drittheile der Hinterlassenschaft.

Beides ist offenbar die statutarische Portion desselben, wie aus der Constitut. Tit. VII. §. 7, 8, 9, 10, 11 deutlich erhellt.

Dagegen ist die dem Ueberlebenden, im Mangel von Ascendenz und Descendenz des Verstorbenen, mit Ausschluß der Geschwister und übrigen Seitenverwandten zukommende Universalerbschaft, auch über die Hälfte des Vermögens des Verstorbenen, welch Letztere gleichfalls als statutarische Portion desselben insoferne angenommen werden muß, als sie ihm nach

klarer Vorschrift des §. 6 unter der Voraussetzung: daß durch Eheberedung nicht ein anderes verordnet worden sei, durch Testament nicht entzogen werden kann, allerdings eine blose successio ab intestato. Hieraus erhellet, wie verschieden in Beziehung auf das quale et quantum die meisten neueren Statutarrechte über einen und denselben Gegenstand des älteren einheimischen Erbrechts, verleitet durch den Einfluß des fremden Rechts, verfügt haben.

Wenn aber selbst bei der allgemeinen Gütergemeinschaft noch Erbverträge überhaupt und insbesondere unter Ehegatten bezüglich dessen, was nicht schon zu ihrer gesetzlichen statutarischen Portion gehört, zulässig sind, und unabhängig von Testamentserrichtung, vor und neben dieser bestehen können, so mag wohl von Niemand geläugnet werden: daß der römische Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, auf teutsches Erbrecht an sich sowohl, als in seiner Vermischung mit römischem Erbrecht schlechthin unanwendbar ist, sondern nur von der rein römischen Erbfolge allein gelten konnte. Denn seine Unanwendbarkeit zeigt sich sowohl bei der nur einen Theil des Vermögens in sich schließenden statutarischen Portion des Ehegatten, als gegenüber der pactirten Erbfolge, die sich auch nur über einzelne Vermögenstheile erstrecken kann, im hellsten Lichte; indem der Ehegatte sowohl unmittelbar und Kraft des Gesetzes seine statutarische Portion, oder durch Erbvertrag einen Theil vom Vermögen eines Verstorbenen erlangen kann, des Letzteren übriges Vermögen aber ab intestato an seine nächsten Blutsfreunde und übrigen Seitenverwandte fallen oder ihnen oder Dritten durch Testament zugewendet werden kann. Es ist somit die dreifache Möglichkeit gegeben, daß der Nachlaß eines verstorbenen Ehegatten zum Theil ex statuto, an seinen überlebenden Ehegatten, zu einem anderen Theil ex pacto, an diesen oder einen Dritten, und erst der Ueberrest ab intestato oder vermöge Testaments, an Verwandte oder an Dritte erbschaftsweise gelangen kann, im äußersten Fall aber dem Fiscus anheimfällt, wenn nicht dem überlebenden Ehegatten ein Vorzugsrecht vor ihm gesetzlich eingeräumt ist.

§. 4.

Von der Errungenschafts-Gemeinschaft nach teutschem Rechte insbesondere.

Diejenige Errungenschaftsgemeinschaft, welche, wie bemerkt, in Teutschland schon vor und seit dem Eindringen des römischen Rechts, wovon sich zwar Spuren schon zu Ende des 13. Jahrhunderts wahrnehmen lassen, das aber erst gegen das Ende des 15. Jahrhnnderts sich subsidiäre Geltung verschaffte, vorgefunden hatte, und in das gemeine, in Teutschland geltende Recht mit übergieng, behauptete ihre Herrschaft vorzugsweise in Baiern, Oesterreich und, neben allgemeiner Gütergemeinschaft, in Franken und Hessen und bildete sich unter dem Einfluß des römischen Rechts nur noch schärfer aus [1]).

Der Teutsche kannte schon als Vermögen der Ehefrau eine Aussteuer und eine Heimsteuer, die beide zwar später für gleichbedeutend genommen wurden, in frühester Zeit aber wohl wesentlich von einander unterschieden gewesen sein dürften. Es scheint nämlich, als wenn das Wort Aussteuer zunächst nur die Bedeutung der Ausstattung der Braut von Seite ihrer Eltern mit Mobilien und Moventien, Vorräthen, Rechten z. B. Grundrenten, wie Zehnden, Gilten gehabt hätte, hauptsächlich also die sogenannte fahrende Habe, dann die Kleidungsstücke, vielleicht einiger Schmuck, das Brautkleid, Kopfputz und die geringeren Kleidungsstücke, wie Schuhe, Strümpfe, Leibwäsche 2c., das sogenannte End und Gebend oder Gewand, der gewebte Zeug zu neuen Kleidern, was man anderwärts auch das Geräthe, Hausgeräthe, Gerade, Niftelgerade, Wittwengerade im Gegensatz zum Heergeräthe des Mannes nannte, außerdem aber die in keinem eigentlichen größern Hofverband stehenden und nicht zum ausschließlichen Erbgang in Mannsstamm geeigenschafteten kleineren Rustical-Güter, einzelne Stücke und Realrechte umfaßt habe, welche die Braut von ihren Aeltern oder Freunden oder Verwandten bei ihrer Verheirathung als

1) Mittermaier, Grundsätze II. 340, 341 u. Not. 1, 357 u. 358.

Aussteuer sofort in Eigenthum erhielt, und in die Ehe einbrachte, so wie was sie später noch von jenen ererbte, worüber die Frau, insoferne sie nicht als Stammgut des Geschlechts, dem Mannsstamm wieder heimerbten, frei verfügen konnte. Solche freie Güter fielen daher auf Kinder und Gatten, ohne daß von Seite der übrigen Agnaten der Eltern dagegen Einsprache erhoben werden konnte [2]). Das eingebrachte Vermögen an fahrender Habe, Mobilien und Moventien und fungible Vorräthe wurden aus den ehelichen Mitteln surrogirt, also, wenn verbraucht oder verzehrt, wieder nachgeschafft, mit Aufhebung der Ehe in quali et quanto der Wittwe restituirt, und von ihr darüber frei verfügt. So konnte z. B. des Herzogs Bertholds auf dem Nordgau Wittwe, Willitrud, aus dem lotharingschen oder pfalzgräflich-Achenschen Hause und Gieselberts Tochter, von ihren Dotalgütern, welche ihr nach Einziehung der Güter ihres Gemahls zum k. Fiscus übrig gebliebeu waren, ihre Renten, zerstreuten Eigenstücke und kleinen Rusticalgüter auf dem Nordgau, im Sulzgau und im Schwanfeld im Jahre 976 zur Fundirung des von ihr gestifteten Klosters Bergen bei Neuburg verwenden, ohnerachtet sie einen Sohn Namens Hezilo hatte. Ebenso geschah die Stiftung des Seelgeräthes einer anderen Gräfin Willitrud, Mutter des Grafen Conrad, genannt Kurzbold, im Niederlohngau im Jahre 933 an das Kloster Seeligenstatt aus ihren Dotalgütern durch Ueberlassung von Zehendrechten, von einem Weinberge und einem Bauerngütchen [3]).

Dagegen begriff man wohl unter Heimsteuer alles liegende und fahrende Gut, welches zwar der ausheirathenden Tochter zur Bestreitung der ehelichen Lasten, außer ihrer Aus-

---

2) Beispiele in Wenck hessisches Landesgesetz I. Thl., Urkundenbuch S. 79, Nr. 110, 111,

3) Vergl. Adelzreiter annal. boic gentis P. I. Lib. XIV. p. 348 und Westeneider, Handbuch der baierischen Gesch. — Wenck, hessische Landesgesch. B. I. Anhang zum Urkundenbuch S. 279 und 280.

steuer, noch vom Stamm- oder Lehen-Gut zur Nutznießung während ihres Ehe- allenfalls auch noch ihres Wittwen-Standes, übergeben, oder auch nur angewiesen wurde, wovon aber das Eigenthum bei der Familie verblieb und beziehungsweise nach beendigten Nießbrauch an sie zurück fiel, oder, wie man sagte, heimerbte. Dieß galt nach teutschem Rechte sowohl von Familiengütern, Allodien und Lehen, worin zunächst nur der Mannsstamm succedirte, und nach dessen Abgang nur die sogenannten Erbtöchter an die Reihe kamen, im kinderlosen Todesfall vollends wohl gar der Wittwe ein Erbrecht eventuell zugestanden war, als von fahrender Habe, in welch letzterer Beziehung die heimsteuerbare heimerbbare sogenamte Federwatte, wohl das ganze Brautbett, (Torus) sammt Zubehör, ein Beispiel an die Hand gibt [4]).

Bei Ritter und Mannlehen, war natürlich noch die Genehmigung des Oberlehnherren zu erholen, um solche als Heimsteuer der auszuheirathenden Tochter gegen dereinstige Rückgabe zu überlassen, und öfters kam es wohl vor, daß

zur Sicherheit hiefür Bürgen oder Pfänder bestellt werden mußten.

Es konnte aber Heimsteuergut wohl auch noch so vorkommen, daß zwar nicht blos im Mannsstamm vererbbare Güter, doch aber solche liegende Gründe, woran man sich den Rückfall nach beendigten Nießbruch ausdrücklich vorbehalten wollte, der auszuheirathenden Tochter zur Heimsteuer mitgegeben wurden, um die daraus abfallenden Renten zu beziehen, oder wohl auch dieselben selbst zu bebauen und zu benützen, so lange die Ehe oder auch wohl der Wittwenstand der überlebenden Gattin fortdauerte. Oefters kam auch der Fall vor, daß man Lehen mit lehenherrlicher Genehmigung für einen Theil der Ausstat-

---

4) Auer Münchner Stadtrecht S. 74. Art. 193 mit der Ueberschrift. Wie vederwat wieder heimerbt. Damit scheint das Heimfallrecht (Fallrecht) verwandt gewesen zu sein. Mittermaier, Grundsätze des gem. deutschen Privatr. II. 386. Rückfallrecht jus recadentiae Hemaccuis elem jur. germ. Lib. II. §. CXCIII. S. 509.

lung in baarem Geld, das man nicht sofort besaß, einstweilen zum Pfand einsetzte, wohl auch zur antichretischen Zinsgenuß daran übergab und sich die Wiedereinlösung derselben, durch Erlegung der versprochenen Summe auf spätere Zeit vorbehielt, oder für die zu zahlende Heimsteuer einstweilen Bürgen stellte, oder andererseits für den dereinstigen Heimfall, Rückfall, Sicherheit leistete.

Alle diese Verhältnisse kamen bei dem fühlbaren Mangel baaren Geldes wohl sehr häufig vor, daher fast immer zugleich von der Aus- und Heimsteuer bei Ausstattung der Töchter, als Ehefrauen, der Rede ist, ohne daß beide gleichbedeutend gewesen sein dürften.

Bei größeren adeligen Gütercomplexen findet man Beispiele der Heimfälligkeit von zur Heimsteuer ausgesetzten Gütern nicht selten in der Geschichte aufgezeichnet. So heißt es z. B. von Burggraf Johann III. von Nürnberg in einer Urkunde vom Jahr 1412:

„Haben wir der vorgenannten Muhme ihre Heimsteuer „beweiset auf die Neuenstadt an der Aisch, unsere Stadt „und auf die Veste Werensberg dabei gelegen.“ [5])

und vom Jahre 1413 heißt es von eben demselben:

„Elisebetha (Gräfin von Würtemberg) unsere Tochter „soll ihr Lebtag inne haben unser Schloß und Stadt „Arzberg, Erbrechtstein und Kirchenlamiz, den Markt, „und auch Weissenstadt“ [6]).

Alle diese Güter blieben nach wie vorher burggräfliches Eigenthum und vererbten im Mannesstamme.

Ein weiteres ähnliches Beispiel von Aus- und Heimsteuergütern, mit eventuellen Erbrechts-Ansprüchen ist das: des Landgrafen Herrmann und des Grafen Johann von Nassau Eheberedung wegen der Tochter des Letzteren, Johanna, welcher ihre Aussteuer auf die verpfändete Hälfte von Gießen, und

---

5) Hanselmann, Fortsetzung des Beweises, wie weit der Römer Macht im frankischen Lande eingedrungen S. 358.

6) Höhn, Nachtrag zur baireuth. Landesgesetz S. 28, vergl. auch Wenck, l. c. Anhang S. 321.

ihr Witthum auf die andere Hälfte davon angewiesen und die eventuelle Succession in dessen Lande am 17. November 1367 zugesichert wurde [7]).

Ein sprechendes Beispiel der Heimsteuer-Anweisung für Töchter auf Reichslehen, ist das des Burggrafen Friedrich III. für seine an den Grafen Emich vermählte Tochter Anna auf die Stadt Schwabach, die Veste Cammerstein und die Reichshofmarken Altdorf und Heroldsberg, mit Kaiser Albrechts und der Kurfürsten Genehmigung, welche aber erst 1299 nach Friedrichs Tod erfolgte, die Wiedereinlösung der Orte Schwabach, Cammerstein und Kornburg im Jahre 1364 durch Burggraf Friedrich V., so wie die abermalige Verpfändung Schwabachs durch diesen für das Heirathsgut seiner an den Pfalzgrafen Rupprecht vermählte Tochter Elisabeth und deren Wiedereinlösung durch Burggraf Friedrich VI. im Jahre 1404, während Heroldsberg schon 1361 vom Burggrafen Albrecht von dem Grafen Johann von Nassau und Altdorf schon 1360 wieder eingelößt worden war.

Wenn später 1374 Altdorf und Heroldsberg, womit Kaiser Carl IV. schon 1361 am Bonifariustag den Burggrafen Friedrich belehnt hatte, an die burggrafliche Tochter Anna, vermählt an Herzog Swantibor III. von Pommern und Stetin, übergiengen, und vom Burggrafen nicht wieder ausgelößt wurden, Erstens vielmehr von Swantibor 1393 an dem Herzog Rupprecht von Bayern und Pfalzgrafen bei Rhein, Letzteres schon 1391 an die Gebrüder Heinrich und Conrad Geuder als Reichslehen verkauft wurde, so scheint dieß daher zu rühren, daß der Burggraf sie nicht wieder einlößen sondern an dem Herzog als Eigenthum überlassen wollte, etwa gegen die Verpflichtung theils die darauf haftenden Schulden zu bezahlen, theils für das Heirathsgut seine Gemahlin sich damit bezahlt zu machen [8]).

---

7) Wenk a. a. O. S. 432.

8) Actenstücke über die von Preußen bestrittene Unmittelbarkeit der reichslehnbaren Hofmarkt Heroldsberg Wills Gesetz v. Altdorf S. 1 bis 40 und Stieber, hist. top. Nachricht vom Fürstenthnm Onolz-

So weißt auch 1377 Herzog Otto von Braunschweig seine Schwester, Agnes von Ziegenhein, auf mehrere seiner Städte an[9]).

Jedenfalls erlangte die Ehefrau das Eigenthum an den Aussteuergütern und übertrug solches während der Ehe, auf ihren Gatten, woran ihm mittels Uebergabe, oder gerichtlicher Auflassung, oder Urkundgebung die Gewere oder der rechtliche Schuz im Besitz und Genuß nach Jahr und Tag gesichert war.

Nur mit zunehmendem Einflus des römischen Rechts und mit Vermehrung des baaren Geldes mag sich der Unterschied zwischen Aussteuer und Heimsteuer bald verloren haben, zumal die Romanisten für das Einbringen der Frau ein viel bequemer scheinendes Wort „die dos" schon in Bereitschaft hielten, und sie im römischen Sinne interpretirten.

Der Teutsche kannte ferner den Maalschatz, wahrscheinlich der silberne oder goldene Schmuck, den der Bräutigam seiner Braut bei der Verlobung verehrte, womit das sogenannte Brautkleinod identisch sein dürfte, welches im Eigenthum der Frau blieb, die römische arrha sponsalitia, als Zeichen des geschlossenen Gelöbnisses, wovon bei der ältesten Teutschen wohl das Gegengeschenk der Braut im gerüsteten Pferde für den Bräutigam bestand; ferner kannten sie die Morgengabe, oder das Ehrengeschenk des Mannes an seine junge Frau nach vollzogener Ehe, welche gleichfalls Eigenthum derselben blieb, endlich die der Aussteuer quantitativ entsprechende Wiederlage, welche nach geendigter Ehe an den Mann zurückfiel, oder woran der Wittwe allenfalls Nutznießungsrechte zustanden, wenn nicht, was bei Adeligen hauptsächlich der Fall war, ihr statt dessen vom Mann ein Wittwensitz bestellt wurde. Beide mußten in der Regel auf Grundbesitz oder wie man sich auch ausdrückte: auf die Erde gelegt werden[10]).

---

bach S. 727 ff. u. 108. Histor. Norimb. diplom., wo die treffenden Urkunden enthalten sind.

9) Wenk a. a. O. S. 453 noch andere Beispiele der Art s. Regesta boic. IV. 149.

10) Beispiele bei Wenk hessische Landesgeschichte Thl. I. Anhang zum Urkundenbuch S. 299, 304.

Dafür wählten die Romanisten nun den Namen und Begriff der donatio propter nuptias, oder der contra dos. Der Wittwensitz insbesondere, welcher gleichfalls den adeligen Wittwen auf ein liegendes, rückfalliges Gut angewiesen zu werden pflegte, scheint eine Art Aequivalent für die Heimsteuer gewesen zu sein, welches der Ehemann auf eigene Güter constituirte, wenu nicht ausnahmsweise dasselbe auf ihr Heimsteuergut von den Verwandten der Ehefrau zugelassen war. In beiden Fällen, bei der Heimsteuer, wie beim Wittwensitz war das unterstellte Gut gleichfalls als Unterpfand mit oder ohne antichretischer Benützung bestellt. Ob alle diese Gewohnheiten schon in den ältesten Zeiten den teutschen Eheleuten eigenthümlich waren, oder erst während der römischen Kaiserzeit und später bei dem häufigen Verkehr derselben mit den Römern, von diesen als Rechtssitte entlehnt worden, bleibt zweifelhaft, genug, daß die aus diesen verschiedenen, zum Theil heimfälligen, zum Theil eigenthümlichen Gütern abfallenden Nutzungen während der Ehe gemeinschaftlich wurden, und Ersparniße daran gleichfalls beiden Theilen zu Gute kommen mußten, als Zuwüchse zu ihrem Eigenthum erschienen, woraus sich dann, während in römischer Ehe die Errungenschaft in der Regel dem Mann allein gehörte, allmählig die teutsche Errungenschaftsgemeinschaft aus heimfälligen Gütern, Erbe, und aus nicht heimfälligen Gütern, Aigen, hervorbildete. Weil aber die Aigen Güter der Frau in der Regel auch wieder in den Mannsstamm, der aus der Ehe hervorgieng, weiter vererbten, so konnte der überlebende Ehegatte an dem Aigen des Verstorbenen nur dann ein Eigenthum erlangen, wenn keine successionsfähigen Kinder vorhanden waren. In diesem Falle aber gab ihm das teutsche Recht die Succession darein, schon aus den Grunde, weil er, bei allgemeiner Gütergemeinschaft schon mit Eingehung der Ehe eine wenigstens eventuelle Anwartschar̈ft darauf erworben hatte. Um aber eine gleiche Succession bei getrenntem Güterstand zu erlangen, mußte noch ein neues Moment hinzutreten, sei es, daß

1) die Rechtssitte es schon längst so mit sich gebracht hatte, und weil vorausgesetzt wurde, daß in kinderloser Ehe

die allgemeine Vermischung beiderseitiger Güter in eine Masse mit dem Moment des Todes des einen Ehegatten von selbst eintrete, das Miteigenthum des Ueberlebenden demnach ihm schon, wenigstens eventuell im Voraus gesichert war; oder

2) daß die Succession durch Vertrag in den meisten Fällen geordnet war, was sich aus dem innigen Verhältniß der Ehegatten erklärt; oder

3) daß der Ehegatte entweder noch bei Lebzeiten sich, wenn auch nur mittels einfachen mündlichen, doch erweisbaren Versprechens darüber erklärte, daß nach seinem Tode der Ueberlebende ber=chtigt sei, davon Besitz zu ergreifen; oder daß er das Gut noch bei Lebzeiten an den anderen Ehegatten förmlich übergab; oder endlich ihn durch gerichtliche Auflassung den Besitz davon übertrug. Eines oder das Andere konnte häufig vorkommen, so das Erbrecht des kinderlos Ueberlebenden ins ganze Vermögen sich bleibend zur Rechtssitte gestalten, und bei Sammlung der Rechtsgewohnheiten schon in den frühesten Statuten als allgemein geltende Regel unter der Bedingung bestimmt werden, daß nicht durch Erbvertrag anderes darüber verfügt würde. Da der Erbvertrag allein die früher gewöhnliche, einzige Form von letztwilligen Verfügungen ohne sofortige gerichtliche Auflassung oder außergerichtliche Uebergabe war, so erklärt sich von selbst, warum nicht zugleich bestimmt wurde, daß dies nicht auch durch Testament, also in widerruflicher Art geschehen könne. Als Hauptgrundsätze der jetzt geltenden Errungenschaftsgemeinschaft stellen sich nun die Rückgabe beiderseitigen eingebrachten Vermögens, die Theilung des ehelichen Acquästs unter die Gatten, entweder in zwei gleiche Theile, oder nach Verhältniß des eingebrachten Vermögens des Ueberlebenden, allenfalls die lebenslängliche Nutznießung an dem halben Errungenschaftsantheil des Verlebten und etwa noch eine statutarische Portion, z. B. ein Kindestheil dar, zuweilen wird auch dem Ueberlebenden die lebenslängliche Nutznießung an den Illaten. Daß bei so getrennten Güterstand am wenigsten die heimsteuerbaren Güter der Substanz nach in die eheliche Gemeinschaft übergiengen, leidet wohl keinen Zweifel; aber auch die Aussteuergüter der Ehefrau waren nicht

gemeinschaftliches Eigenthum der Eheleute und nur mit dem Vermögen des Ehemannes während der Ehe vermischt und seiner Benützung und Verwaltung überlassen.

§. 5.

Frühere allgemeine Statute, der älteren Gebietstheile Bayerns, nebst den Präjudizien über deren Rechtsgewohnheiten in Beziehung auf ehelichen Güterstand und Erbrecht.

Hier folgen nun die älteren bayerischen statutarrechtlichen Bestimmungen, welche auf den ehelichen Güterstand und das Erbrecht der überlebenden Ehegatten daran um die Zeit statt fanden, in welchen das römische Recht in Teutschland Einfluß zu gewinnen begann; namentlich nach dem Statut Herzog Ludwigs von 1347, wobei die in dem Auer'schen Stadtrecht von München enthaltene Bearbeitung und Erläuterung derselben zur Grundlage dient, und der Text meist ins Neuteutsche übertragen ist[1]).

In diesem älteren Münchner Stadtrecht, als dessen Quellen frühere Gewohnheitsrechte und Privilegien nachgewiesen sind[2]), heißt es schon:

Art. 307: wenn ein Mann stirbt, ohne seiner Frau ein mit ihr erzeugtes Kind zu hinterlassen, so möge die Frau mit demjenigen Gut, welches sie besitzt und ihr von ihrem Wirth oder Mann geworden ist, und was sie selbst gewunnen (erworben) und so auch der Ehemann, wenn seine Hausfrau vor ihm stirbt, und er hernach auch ohne Kinder stirbt, also jeder Ehetheil damit noch seiner Willkühr thun, was er wolle, und keine von des Verstorbenen Freunden sollen darauf als ein Erbe warten, und was sie unter Lebenden mit ihrem Gut verfügt, daran mag sie auch keiner der Freunde von ihr oder ihrem Ehemann irren; stürbe jedoch eine solche Wittwe ohne Geschäft (Erbvertrag, Geding) kinderlos, so sollen die nächsten Freund ihr Gut erben, wie es Münchner Stadtrecht ist, was auch bei dem Manne Rechtens ist; doch soll der Seele

1) Vergleiche Auers Stadtrecht von München S. 1 bis 104.

2) Mittermaier, Grundsäze §. 341. Nr. 1.

ihr Theil zufallen, (das heißt wohl: es solle des Verstorbenen Seelgeräthe, was er der Kirche zugewendet hat, aufrecht erhalten werden). Auf das Seelgeräthe bezieht sich auch der Art. 224, worin es heißt: die Bürger haben verordnet, daß man kein Seelgeräthe zu München verbieten mag.

Weiter verordnet Art. 216: es sei der Stadt ihr Recht von Alters her gewesen, und solle auch so bleiben, daß wenn ein Mann stürbe, der nach Stadtrecht geheirathet und Kinder hinterlassen hat, diesen oder wem er sie sonst schaffe, alle seine fahrende Habe (das Heergeräthe 2c.) erhalten und seine Frau nichts damit zu schaffen haben solle, es wäre denn, daß er ihr durch Liebe etwas davon vermacht hätte, oder sie daran wegen ihrer Heimsteuer (dos) und Wiederlage, oder ihrer Morgengabe wegen, ein besonderes Recht daran hätte, auch ihr Kleinod (entweder ihr Maalschatz oder ihr Schmuck), wenn sie nicht darauf verzichtet hat, die ihr nach Stadtrecht oder anderem geschriebenen Recht billig folgen sollen.

Ferner Art. 217: wenn ein Mann oder eine Frau auf dem Todbette einem, der nicht gegenwärtig ist, aus Freundschaft ihre Habe hinschaffe und es solche, sothane, Hab ist, welche man auf dem Todbett wohl schaffen könne, so möge der, dem sie geschafft ist, solche Habe auf den Grund der zu erweisenden Verschaffung wohl fordern, und

Art. 221: möge eine Ehefrau vor ihrem Ableben wohl geschaffene Vermächtnisse machen durch God (d. h. wohl an die Kirche), an ihre Freunde und an wen sie sonst wolle, ihre Morgengabe, ihr Brautkleinod (hier offenbar der Maalschatz und nicht blos der Schmuck) ihr Gewand (nach Auer Kleiderstoff, vielleicht aber auch, was der cod. civ. End und Gebänd nennt, und worunter nach den Anmerk. Kleidungsstücke oder die sogenannte kleine Montur verstanden wird), was ihr ihr Vater oder ihre Mutter oder andere Verwandte gegeben haben durch freien Willen, und dazu bedarf sie ihres Ehemanns Zustimmung nicht[3]).

---

3) Zu allen anderen Verfügungen, auch auf den Todesfall, bedurfte sie also des Ehemanns Zustimmung schon von Alters her.

Art. 124: Stirbt ein Mann ohne Geschäft und läßt hin eine Hausfrau und Kinder, so soll die Wittwe der Kinder und des Guts gewaltig sein; es wäre dann, daß die Frau den Kindern anders widerführe, als redlich wäre, und die Kinder mit der Frau auch anders verführen, als redlich wäre, davon sie beide möchten zu Schaden kommen, so sollen sie dann ihre Sache vor den Rath bringen, und wie dann der Rath auf beiderseitiges Fürgeben sie hieße verfahren und miteinander leben, das sollen sie stets behalten, mittelst Theilung, oder mittelst Pflegschaft.

Art. 122: Wenn eine Frau nach ihres Ehewirths Tod von ihren Kindern abgetheilt ist und nimmt einen anderen Wirth, so erbt dann, was den Kindern an Gütern zu Theil wird, ein Kind nach dem anderen, ob eins oder mehrere stürben, die Geschwister sind von Vater und von Mutter, sterben aber die Kinder alle, so erbt dann ihr Gut an die Stadt, die es von Rechtswegen soll erben.

Art. 193: Wie Federwatt wieder heimerbt, was ein Mann und eine Frau Federwat an ihr Brautbett bringet, es wäre, daß es dann stirbt ohne Erben, so soll der Andere die Federwatt haben und nießen bis an seinen Tod und dann die nächsten Erben, die dem Ersten allernächst gesippt sind, die sollen nach des Anderen Tod die Federwatt erben und haben, die von dem Ersten in das Brautbett kommen; nach der alten Gewohnheit dieser Stadt geht Federwatt und erbt wieder an den Stamm. Wenn nun auch die Federwatt des Heirathsguts nach jedes von beiden Tod wiedererbt (heimerbt), so haben die Erben doch Gewalt: sie zu theilen, oder sie dem Ueberlebenden gegen gute Sicherheit bis an seinen Tod, wenn sie wollen, zu belassen.

Art. 215: Wer ein Erbe (liegendes Eigenthum) hat und dazu mehr Erben sind (woran mehrere Erbberechtigte Verwandte auf den Todesfall Anspruch haben), der mag bei seinem lebendigen Leib dieses Erbe einem vor dem anderen nicht geben noch vermachen, so daß an demselben Erbe einem (Erbberechtigten) mehr würde, denn dem Anderen, nach seinem (nemlich des Besitzers) Tode, es wäre denn, daß ein Erbe dar-

über Urkunde hätte, daß die anderen Erben ihren Willen und Gunst dazu gegeben haben; dann mag er (der Besitzer) es thun, wenn er will.

Aber mit fahrender Habe und Gut thun Frau und Mann gegen ihre Erben und gegen andere Leute, was sie wollen.

Art. 268: Wer ein Erbtheil ganz oder einen Theil (davon) will anwerden (veräußern), der soll es denen, die miterben, zuerst anbieten, und wenn sie darum nicht soviel geben wollen, als andere Leute, so soll er es dann geben, wem er will. Wer sein Erb anders verkauft, so soll derselbe Kauf keine Kraft haben.

Art. 269: Es soll auch derjenige, der ein solches Erbe hingiebt, Jahr und Tag mit anderen Gütern oder durch Bürgen für Erbsberechtigte und für Zahler, die inner Landes sind, Sicherheit bestellen, außer Landes aber zehn Jahr und einen Tag für den Käufer des Aigens 2c.

Art. 449: Wenn zwei Gemächt (Mann und Frau) ehelich gesammt werden und die Frau stirbt und Kinder hinterläßt, so soll das, was die Frau bei ihrem Wirth ererbt hat, ihren hinterlassenen Kindern, und niemand anders sein, was sie aber ihren Ehewirth zur Heimsteuer geben wird, an Fahrniß oder liegenden Gut, darauf kann, wenn sie stirbt, und der Mann eine andere Frau nimmt, der Mann dieser die Widerlage auf der ersten Frau Heimsteuer anweisen, nicht aber auf das Erbe der Kinder.

Art. 213: Wenn mehr Erben, denn Einer, eine Erbschaft gleich miteinander theilen, die Ihnen angefallen in ihrer Gewalt, und Einer oder mehrere von Ihnen Ihren Theil an selbiger Erbschaft verkaufen wollen, so sollen sie ihren Theil ihren Miterben anbieten, und wenn diese innerhalb 8 Tagen nicht kaufen, so sollen sie ihr Erbtheil fürbaß zu kaufen geben, wem sie wollen, und kein Germag (Schwerdtmagen, Verwandte vom Mannesstamme) noch Freund, der nicht mitgeerbt hat, wie nahe er Einem auch gesippt ist, von denen die da (ihren Erbtheil) hingeben, mag sie des Kaufs irren, und hat ohne alle Ansprach das Recht an dem Erbe etwas zu fordern.

Art. 31: Für Erben, die außer Landes sind soll man Aigen bestätigen 10 Jahre und 1 Tag, und wo man selbst kein Aigen hat, das man zur Bestätigung oder Sicherheit bestellen kann, tritt eidliche Bestätigung ein.

Art. 214: Wenn Mann oder Frau fahrendes oder unfahrendes Gut haben, das sie von ihren Aeltern ererbt, oder selber erarbeitet (d. h. errungen, gemeinsam erworben) haben, so mögen sie es nach Stadtrecht verkaufen, an wen sie wollen, ohne, daß sie ein Erbe, der darauf warte, daran irren möge, und haben solche Erben nimmer darauf etwas anzusprechen.

Art. 83: Die Fahrniß von einem überführten Räuber fällt dem Richter, seine liegenden Güter, Aigen und Lehen, seinen Erben zu, doch sollen die Gläubiger, die Gelter, den Erben hinsichtlich ihrer Forderung vorgehen.

Art. 219: Keine Bürgschaft zu München erbt an Frauen oder Kinder, es sei denn, daß sie sich darum selbst verpflichtet haben, oder zu geben verpflichten.

Art. 45: Eine Frau, die zu Markt steht und da kauft und verkauft, hat alles Recht, wie ihr Wirth, eine andere Frau mag ohne ihres Wirthes Willen nichts unternehmen, wodurch sie etwas schuldig würde. Erb und Aigen mag sie nicht verkaufen.

Art. 220: Bestätigt obigen Artikel und sagt weiter, daß eine Frau ohne ihres Wirthes Willen kein Gelübd (Versprechen) thun könne, daß sie auch kein Pfand setzen könne, und wenn irgend Jemand für sie geheizet, d. h. wohl in ihrem Namen etwas geheißen oder anderen befohlen, aufgetragen habe, soll das Alles kraftlos sein.

Art. 119: Es mag keine Frau Jemand um Geld beklagen (ansprechen), ohne ihres Wirthes Willen, oder sie beweise es mit welchem Recht ihr einer mit dem Einwand begegne (enpräßt), daß er von ihrem Wirth ledig sei (entprießt); beweißt er den Einwand wegen des Geldes oder zahlt er ihr es, so soll er sofort von ihrem Wirth (der Zahlung) ledig sein.

Art. 127: Wird ein Mann bezüglich seiner Hausfrau von ihres ersten (verstorbenen) Ehemannes wegen um Geld

verklagt, so mag der lebende Ehemann einwenden, daß ihm seine Frau kein Gut zugebracht habe, wovon er für den ersten Ehemann Zahlung leisten könnte, und was er aus eigenen Namen hätte, das soll er genießen und soll fortan mit Gewähre sitzen bei seiner Wirthin, ohne alle Klage von wege des vorderen Wirthes.

Art. 33: Wer um Aigen wird angesprochen, daß er Jahr und Tag bei Nutz und Gewähr gesessen ist, als der Stadt Recht ist, der soll fürbaß sein Aigen ohne alle Ansprache haben. (Rechte Gewähr).

Ueber die Gewere oder die rechtlich geschützte Herrschaft über eine Sache, Besitz und meist auch Nutz am Aigen, mittels Ueberlassung des Besitzes, Auflassung vor Gericht, vor offenen Schrannen und mittels Eintragung ins Gerichtsbuch, enthalten ferner die Art. 31, 54 und 154, 156—160—196, 174, 34, 167 verschiedene Bestimmungen und insbesondere verordnet der Art. 198 noch folgendes: Wäre Jemand, der dem Andern sein Gut machen (vermachen) wollt, der soll ihn in Nutz und Gewähr setzen bei lebendigen Leib, und soll derselbe etwas Geld von dem Gute jährlich einnehmen, so lang er lebt, der einem das Gut vermacht hat, und er soll ihm Brief darum geben.

Art. 85: Verwandte der Blödsinnigen, die ihre Pfleger oder Vormünder sind, können nicht Zeugen für sie sein.

Art. 218: Was einer Frau zur Heimsteuer wird, oder was sie sonst ererbt und ihr anfällt von ihrem Vater, ihrer Mutter und von anderen ihren Freuden, dasselbe heißet und ist auch mütterliches Erbe.

Art. 187: Die Morgengab soll der Mann seinem Weib ohne seines Lehnherrn Hand (Einwilligung) nicht auf Lehn geben.

Art. 192: Wenn ein Mann um Geld gefangen gesetzt wird, oder sonst in Noth ist, so soll seine Frau, wenn sie mehr als ihre Morgengabe besitzt, damit Zahlung leisten, und

Art. 190: es soll kein Bürger oder Bauer seine Hausfrau höher als mit dem zehnten Theil seines Vermögens be-

morgengaben, wohl aber möge er eine geringere Morgengabe machen.

Nach Art. 15 gehören zur Beweisführung zwei Zeugen und

nach Art. 217 heißt es weiter: Der, dem das Hab geschafft ist, mag das Geschäft weisen mit zweien, die es gehört haben, die darum schwören, es sei Frau oder Mann.

Im Art. 85 heißt es: Ehelich Sach- und Todgeschäft, die an dem Todbett gemacht wird, bezeugt man mit Frauen und Weltgeistlichen (Pfaffen).

Im Art. 271 heißt es: der Rath mag das Gesetz in anderes Gesetz verkehren oder abnehmen, wenn er will.

Bereits durch ein Urtheil des kaiserlichen Kammergerichtes vom 21. April 1467 in Betreff einer Streitsache des Bürgers Hans Funk zu München gegen Hans Jung zu Neuhausen, wegen Herausgabe eines der Ehefrau des ersteren gehörig gewesenen Bauernhofes, wurde auf den Grund vollführter Weisung, daß zu München Stadtrecht sei:

„wenn zwo eelich und zusammen verheurat Personen mit einander die teck beschließen und Jar und Tag bei einander ersitzen, daß dann ein Guet, so sie hetten, oder darnach erbten, ein Guet were, und derselben Person eine die andere nach irem Abgang on menigkleichs eintrag erbe"

zu Gunsten des Klägers erkannt.

Aus einem Gerichtsbriefe des Münchner Stadtrichters d. d. Freitag vor St. Martin 1484 geht hervor, daß diese Bestimmung ursprünglich so verstanden wurde, als falle dem überlebenden Ehegatten, außer dem eigenen Eingebrachten nnd dem während der Ehe von ihm besonders erworbenen Vermögen:

a) dasjenige zu, was ihm der andere Gatte angeheirathet hatte, und

b) die gemeinsame Errungenschaft,

so daß also das Recht des überlebenden Ehegatten nach jenem Art. nicht eigentlich in einem Erbrechte an des Verstorbenen Rücklaß bestand.

In einem weiteren von 1484 bei dem dasigen Stadtge-

richte geführten Rechtsstreite, zwischen den Kindern des Leonhard Schrobenhauser und des Metzgers Kaspar zu München als Kläger, und der Wittwe des Leonhard Rogeis daselbst, wurde von dem Stadtrichter erkannt: „nachdem Rogeis kein Kint bey seiner Hausfrau gehabt hat und hinter seiner verlassen, und sie zusammen geheuratt haben nach der Stat recht, auch bei einander gesessen sind Jar und Tag als Burger und Burgerin, sprich ich zu Recht auf meinen Aid, daß der Frau ihrs Mans seel. verlaßen Hab und Gut billich solle nachfolgen und zustehen, als der Stat Recht ist laut des gebrauchten Art. (Art. 307).

Von dem herzoglichen Hofgerichte wurde in Folge Berufung der Kläger auf Beweis des von der Beklagten behaupteten Gewohnheitsrechts gesprochen, welchen diese durch 27 Zeugen (den Bürgermeister, 5 Räthe des inneren und 21 des äußeren Rathes) lieferte, wornach rechtskräftig zu ihren Gunsten erkannt wurde.

Das Original des Gerichtsbriefes befindet sich gleichfalls in dem Münchner Stadtarchive und ist auch eine Abschrift desselben in dem dortigen Privilegienbuche enthalten.

Um der über das Erbrecht der Ehegatten, in Ermangelung ehelicher Kinder, längst entstandenen Gewohnheit die Anerkennung der Gerichte zu sichern, hat der Stadtrath von München dieselbe „in Schrift verfaßt, sie aus Macht, so gemeine Recht im zuelassen, gesetzt und statuirt, und darauf als ein Gesetz und Statut in ir Satzpuech einschreiben lassen," sodann auch dem Herzog Albrecht zur urkundlichen Bestätigung vorgelegt. Diese Bestätigung des Erbrechts ist mit der Bemerkung, daß es auf guter und alter Gewohnheit über Menschen Gedächtniß beruhe und als Herkommen ununterbrochen zu München gebraucht und gehalten worden sei, dem Priv. Brief d. d. St. Egidien Tag 1500 (Text Anhang I.) erfolgt, und nach ihr lautet die schriftliche Redaction jener Gewohnheit in neuteutscher Version in folgender Weise:

1) Wenn zwei Personen, Mann und Frau, die der Stadt München Bürger und Bürgerin sind, ehelich und häuslich bei einander wohnen, und eine von ihnen ohne ehe-

liche Leibeserben vor der anderen mit Tod abgeht, und kein Theil, falls hierüber im Prozeße ein Streit entsteht, rechtsgenüglich darthun kann, daß (Heiraths-Gedinge) Eheverträge geschlossen worden seien, so soll die überlebende Person das von der verstorbenen hinterlassene Vermögen, nichts ausgenommen, unmittelbar in Kraft des hiesigen Stadrechts erben, und dessen mit Ausschluß anderer, habhaft sein und bleiben.

2) Zur Vermeidung absichtlicher Verheimlichung der Heurathsbriefe soll jeder Theil einen Eid schwören, daß er über die fragliche Heurath keinen Heurathsbrief habe, noch wisse.

Das Erbrecht der Ehegatten ist hienach durch folgende Voraussetzungen bedingt:

a) daß die Ehegatten Bürger von München seien;
b) daß sie ehelich und häuslich bei einander wohnen;
c) daß der zu beerbende Ehegatte keine ehelichen, leiblichen Descendenten hinterlassen habe;
d) daß keine das Erbrecht der Ehegatten ausschließende Erbverträge vorhanden seien.

In einem Urtheile des Kammergerichts vom 12. Junius 1505 über den Rechtsstreit der Ehefrau des Conrad von der Burg, Margaretha, gegen die Wittwe des Ulrich Würtheimer, wegen Herausgabe des Rücklaßes des Letzteren, ist auf den Grund des Münchner Gewohnheitsrechts gegen die Klägerin gesprochen worden, und ist in diesem Gerichtsbriefe überdieß gesagt: daß die beklagte Wittwe beider ihrer (der Ehegatten) Freundschaften zu Guten ihrem Hauswirth bewilligt hätte, ein Testament aufzurichten. Der Gerichtsbrief befindet sich in Original im Stadtarchive und abschriftlich im Priv.-Buche[4]).

Die Frage, wer Bürger von München sei, ist nach §. 11—13 der Verordnung über Verfassung und Verwaltung der Gemeinden im Königreiche vom 17. Mai 1818 (Gesetz-

---

3) Auer, Stadtrecht S. LXXXI. Not. 2 u. S. LXXXIV. Not. 1.

blatt v. 1818 S. 54) und nach §. 2 des Gesetzes vom 1. Juli 1834 die Revision dieser Verordnung betreffend, (Gesetzbl. v. 1834 S. 111) zu beurtheilen; sie hat aber auch schon früher in Kreitmayers Anmerkungen Band V. Cap 25 §§. 6, 7 und 9 ihre Entscheidung dahin gefunden, daß bezüglich des Privilegii Albertini, die nur mit dem kleinen Bürgerrecht begabten Beisassen nur diejenigen seien, welche kein bürgerliches Gewerb betreiben, sondern so viel Vermögen besitzen, daß sie sich ohne Beschwerde des Publici mit Weib und Kind ehrlich ernähren können, im Uebrigen aber zwischen ihnen und andern, welche das große Bürgerrecht haben, (§. 6) sonst kein Unterschied sei.

Nach einem Gerichtsbriefe des Münchner Gastgerichts v. 1540 über die Streitsache des Leonhardt Paumgärtner et cons. gegen die Wittwe des Hans Paumgärtner zu München, wurde von Letzterer articulirt, daß sie mit irem eelichen Hauswirt seel. alhie zu München sich verheurat und ein Stat und solchen gerentten Heurat mit einander getroffen haben, alspald sy das Beyliegen irs eelichen Heurats verricht, das ir beeder Hab und Guet ligends und varends, gegenwertigs und künfftiges ain Guet heißen und sein, also, daß das Ueberlebend das Todt in allem, nichts ausgenommen, erben, ime und sein erben ewiclich bleiben soll.

Es wurden obige statutarische Rechtssätze und Präjudizien dem Auer'schen Münchner Stadtrecht fast wörtlich entnommen; zum Theil aber nur in andere Reihenfolge geordnet, um sowohl dadurch eine möglichst klare Ansicht von dem frühesten ehelichen Güterstand in Bayern, von den statutarischen Bestimmungen auf den Todesfall und der teutschrechtlichen Grundlage des Statutes selbst zu gewinnen, als auch darum, weil das Auer'sche Werk wahrscheinlich nicht jedem Leser zur Hand ist, diesem aber daran gelegen sein muß, alle zur Beurtheilung dienenden Materialien kurz zur Hand zu haben. Daß dadurch dem Auer'schen Werk kein Eintrag geschieht, es vielmehr durch Bezugnahme darauf in dieser Schrift auch in weiteren Kreisen Beachtung finden werde, kann nicht verkannt werden.

In neuerer Zeit suchte man der Ansicht Raum zu verschaffen, daß, weil es sich nicht um einen Satz des alten historischen, sondern des jetzt geltenden teutschen (d. i. des gemeinen) Rechts handle, die oben angeführte Disposition des Münchner Stadtrechts kein statutarisches Erbrecht, vielmehr ein Intestaterbrecht sei, mithin durch ein Testament des einen Ehegatten dem Ueberlebenden entzogen werden könne, daß eben darum die Richter seit langer Zeit keinen Anstand über Errichtung eines einseitigen Testamentes erhoben oder, daß solche vor dem Erscheinen des Auer'schen Buches von den Betheiligten zu bestreiten versucht worden wären, daß aber seit dem allerdings mehrere strittige Fälle bekannt geworden seien, welche jedoch durch Vergleich sich erledigt hätten, weil die Erben sammt ihren Anwälten in ihrem Rechte unsicher geworden und aus Scheu vor einem zweifelhaften, eine den Anwälten und Richtern ungeläufige Materie behandelnden, langwierigen und kostspieligen Prozeß sich verglichen hätten [5]).

§. 6.

Neuere Bestimmungen des Codex Maximilianeus civ. über das Erbrecht der Ehegatten im Allgemeinen, wie insbesondere über das der Münchner bürgerlichen Ehegatten auf den kinderlosen Todesfall, wie über Erbverträge, Testamente und Codizille überhaupt, dann über die noch geltende Testamentsform des priv. Albertini.

Was zunächst das unmittelbar aus dem Gesetze, ohne Dazwischenkunft von Vertrag oder Testament des Erblassers entspringende Erbrecht betrifft, so theilt es der Codex civilis, welcher meist auf dem älteren Landrecht v. J. 1616 und dieses nach den Annotationen ad Cod. civ. Thl. I. Cap. 2. §. 13. Nr. 7. wieder auf die dort genannten älteren Landesstatute fußt, also ein:

1) in das natürliche der Cognaten und Agnaten, oder die Succession der Descendenten, Ascendenten, Geschwister,

---

5) Bl. f. R. A. Band 13. S. 363. Not. 16.

weiteren Seitenverwandten und das eventuelle uneheliche Kinder;

2) in die Erbrechte der überlebenden Ehegatten in Concurrenz mit Ersteren, uneheliche Kinder ausgenommen.

Die Erstere nennt er die natürliche Erbfolge, nicht die successio ab intestato, und handelt solche in einem besonderen Abschnitt Thl. III. Tit. 12. §. 1—4 ab, fügt aber dann §. 5 bei, daß, in Ermangelung der Blutsfreunde, der fiscus den Nachlaß jure occupationis an sich ziehe, indem die übrigen gemeinrechtlichen Successionen der Collegien 2c. in Bayern nicht gebräuchlich seien. Bezüglich der Succession der Ehegatten verweißt er aber auf Thl. I. Cap. 6. §. 35 ff.

Die Erbfolge der Ehegatten mit und ohne Kinder und Seitenverwandte dagegen, wird dann in den §§. 36 bis 38 ganz selbstständig, unabhängig von der natürlichen Erbfolge, unter den Eherechten ausgeführt und zwar unter Zugrundelegung des in Bayern im Allgemeinen in der Regel herrschenden ehelichen Güterstandes, entweder des strengen Dotalsystems oder überhaupt sonst des getrennten Güterstandes, mit bloßer Errungenschaftsgemeinschaft.

Insofern verfügt der Cod. civil:

§. 35. Obschon nach gemeinen geschriebenen Recht der Ueberlebende eine Ehetheil den vierten Theil von des Vorabgestorbenen Vermögen, und da mehr als drei Kinder vorhanden sind, einen gleichen Kindestheil bekommt, oder allenfalls bei ermangelnden anderen Erben und Blutsverwandten, in die völlige Verlassenschaft succedirt, so ist doch dieses in hiesigen Landen niemals üblich gewesen, und soll auch fortan nicht darauf gesehen werden, sondern falls weder durch Geding, noch letzten Willen, eine andere Fürsehung von Succession der Eheleute geschieht, alsdann lediglich dasjenige beobachtet werden, was in nächstfolgenden Paragraphen von den unterschiedlichen vier Todesfällen deutlich verordnet ist. Die Annotationen zu diesen Paragraphen besagen noch ausdrücklich: Die Eheleute succediren sich auf andere Art nach römischem, als nach teutschem und bayerischen Recht — und — dahingegen cessirt in Bayern völlig, was das römische

Recht von dem Kindes- respective dem vierten Theil des Vermögens oder in defectu cognatorum, von der successione omnium bonorum verordnet, und wird sowohl praetoria als civilis successio mit einander pro nunquam recepta declarirt, sonach der fiscus in defectu haeredum ab intestato der Ehefrau allerdings vorgezogen.

§§. 36, 37 und 38: 1) Stirbt der Mann vor der Frau mit Hinterlassung von Kindern aus dieser oder voriger Ehe, so folgt der überlebenden Ehefrau, (ohne Constituirung eines eigentlichen Heirathsguts und Widerlage, also bei nicht strengem Dotalsystem, sondern nur bei getrenntem Güterstand), ihr Eingebrachtes, Morgengabe, von der Errungenschaft ein gleicher Kindstheil, End und Gebänd, Kleider, Kleinodien, von der Hausfahrniß ein Kindestheil, die Geschenke ihres Ehemannes. Bei ausgemachten Heirathsgut und Widerlage aber dieses und alles Obige, jedoch ohne Kindestheil an der Errungenschaft, dafür aber die lebenslängliche Nutznießung der Widerlage.

2) Wenn die Frau vor dem Mann stirbt, mit Hinterlassung von mit diesem oder einem früheren Ehemann erzeugten Kindern, so zeigt:

a) der Ueberlebende seinen Kindern das mütterliche Gut aus,
b) den Kindern seiner Ehefrau aus voriger Ehe aber gibt er das Eingebrachte, die Morgengabe, End und Gebänd, Kleinodien, Kleider und was zu ihrem Leibe gehörte. Alles übrige, also auch die ganze Errungenschaft, bleibt ihm und, bei constituirter dos, die lebenslängliche Nutznießung daran.

3) und 4) Auf den kinderlosen Todesfall dagegen gibt:

a) wenn keine eigentliche dos bestellt ist, der Ueberlebende dem Erben des Verstorbenen hinaus, alles ein- und zugebrachte Vermögen desselben, ausser dem Ehebett, und bleibt ihm von der Errungenschaft die Hälfte eigenthümlich, die Hälfte nutznießlich;
b) bei strengem Dotalsystem, mit dos und donatio propter nuptias, nimmt die überlebende Ehefrau ihr Heirathsgut zurück und genießt die Widerlage lebenslänglich; der überlebende Ehemann aber die Widerlage mit lebenslänglicher

Nutznießung der dos, und überdieß erhält jeder überlebende Ehegatte die Errungenschaft zur Hälfte eigenthümlich, zu einer Hälfte auf Lebenszeit nutznießlich, vorbehaltlich desjenigen, was einem oder dem andern Ehegatten geschenkweise zukommt.

In den Annotationen zu diesen Gesetzesstellen und insbesondere zu Art. 36, heißt es: was ein Ehegatte vor des andern Verlassenschaft erlange, werde hypobolum, was ihm aber vi statuti zugehe, nach Strick dissertatio de successione ab intestato, portio statutaria genannt. Im Uebrigen müsse man nicht denken, als wäre im §. 36—37—38 von der successione haereditaria conjugum die Rede; denn was einem oder dem andern Ehegatten auf diese Weise zu Guten gehe, das erlange er nicht erbschaftsweis, sondern ex statuto, oder gar jure dominii vel condominii, welches ihm schon während der Ehe in gewissem Maaße gebührt habe. Das bayerische Landrecht Thl. I. Art. 1. 3. 4 wie auch der Codex sehe dabei zuförderst auf das was bedungen ist, allermaßen die pacta auch jure communi hierin allezeit in vorzügliche Consideration kämen, denn Geding breche Landrecht. Seien aber keine pacta vorhanden, so succedirten die Eheleute hier zu Lande auf Art und Maaß, wie es in folgenden §§. 36, 37, 38 mit Mehreren versehen sei. Ebenso besagt der Codex a. a. O. §. 33. Nr. 3 mit Annotationen: in causa communionis vel societatis bonorum tritt ein Ehegatte für den Anderen nur um die, in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens gemachten Schulden ein, und auch bei diesen nicht weiter, als à proportion seines bedungenen oder statutenmäßigen Antheils — denn in communione bonor. generali, haftet (nach den Annotationen) Jedes in solidum für alle Schulden ohne Unterschied ꝛc.

Nebenher erwähnen die Annotationen noch des Priv. Alb. mit folgenden Worten:

Etwas ganz Besonderes hat das hiesige Stadt-Recht hierinnfalls an sich, denn so lauten die Formalia des Stadt Privilegien-Buchs: „Ist allhier zu Münichen ye und ye Herkommen, und stäter Gebrauch bisher gewesen, wo zwo Perso-

nen Mann und Frau, die unser vorgemeldter Stadt Münichen Burger und Burgerinnen sind, ehelich und häuslich beysammen wohnen, und ein Person aus ihnen ohn ehelich Leibserben vor der andern Tods abgeht, und kein Theil den Heyrath, so er in Recht gekriegt würde, daß er mit sonderem Geding abgeredt und geschehen sey, zu Recht genug fürbringen mag, so soll alsdenn die lebendige Person aus ihren, des Abgestorbenen, verlassen Hab und Gut, nichts ausgenommen ohne alles Mittl in Kraft des Stadt-Rechtens allhier erben, und des vor all andern habhaft sein und bleiben." Im Th. V. Cap. 25. §. 7 wird gleichwohl in den Annotationen dieses Erbrechts als einer successio ab intestato unter Zurückverweisung auf §. 35 Nr. 3 Erwähnung gethan.

Der Codex läßt ferner neben der, dem römischen Recht entnommenen, Testaments = Erbfolge, worüber er im Theil III. Cap. 2 bis 10 ausführlich handelt, auch noch die bedungene Erbschaft oder die Erbverträge oder Gedinge nach Maasgabe Th. III. Cap. 11. §. 1 zu, unterscheidet diese von dem bloßen pactis dotalibus, und bemerkt, daß ein pactum successorium einseitig nicht verändert oder aufgehoben werden könne, ausgenommen, wenn solches per modum ultimae voluntatis gemacht ist, welchen Falls zwar jedem Paciszenten frei stehe, seinen Willen wiederum zu ändern und zurückzunehmen, jedoch nicht ohne Wissen und Willen des andern Mitcontrahenten, und die Annotationen dazu unterscheiden zwischen einfachen und gemischten Erbverträgen, auch der Eheleute, während nach Th. III. Cap. 4. §. 11. Nr. 7 reciproce Testamente derselben im Zweifel für pacta successoria angesehen werden, wenn nicht beide Ehegatten sie ausdrücklich als widerrufliche Testamente bezeichnen. Daher die pacta successoria im Zweifel mehr pro actus inter vivos, als ultimae voluntatis zu achten seien. Codex civ. Th. III. Cap. 2. §. 1 und Cap. 11. §. 1. Nr. 7.

Der Codex verordnet aber auch in Th. I. Tit. 6. §. 27, daß eine Ehefrau ohne ihres Mannes Wissen und Willen nichts verschreiben, vertheilen oder veräußern dürfe, doch sei ihr un=

benommen mit ihren Gütern von Todeswegen und durch letzten Willen oder auch unter Lebendigen, jedoch nur conditionate und auf den künftigen Fall, wenn der Mann stirbt, oder die Ehe wieder aufgehoben sein wird, frei zu disponiren.

Die Annotationen sagen hierüber zu Nr. 5 noch, daß des Ehemanns Consens in actibus conditionatis, welche nur in casum dissoluti matrimonii, eventualiter beschlossen werden, so wie in letztwilligen dispositionibus et actibus mortis causa, weil sie erst durch den Tod der Ehefrau, mithin dissoluto matrimonio, und bis dahin all Zeit widerruflich sind, nicht nöthig sei. Aufgelöst, aufgehoben, getrennt aber wird die Ehe nach den Annotationen zu Th. I. Cap. 6. §. 14. Nr. 6 entweder durch Tod oder durch Scheidung.

Ueberdieß sagt der Cod. civ. Thl. I. Tit. 6. §. 23. Nr. 1 und Annotationen, dann Thl. III. Cap. 1. §. 17. Nr. 9 mit Annotationen: daß der Eheleute Vermögen im Zweifel überhaupt allezeit mehr dem Ehemann, als der Ehefrau gehörig gemuthmaßt werde, oder daß im Zweifel allezeit vermuthet werde, daß das Gut mehr dem Mann als der Frau eigen sei.

Endlich enthalten noch die Annotationen zum Cod. civ. Th. III. Cap. 2. §. 2 und 3. Nr. 3 und ad Cap. 3, 4, 5, Nr. 3 bezüglich der Testamentsform den Satz:

„Die statuta locorum machen ebenfalls dort und da einen merklichen Abbruch hierin (nämlich an der Zahl der Solennitätszeugen bei Testamenten) insonderheit das hiesige alte Stadtrecht mit den Worten: Todgeschäft mag man erzeugen mit zweien, es sei Frau oder Mann die das Wahr wissen und dabei gewesen sind, da das Todgeschäft geschehen sei, also ist es recht und von Alter Herkommen und: gleichwie man z. B. das hiesige Stadtrecht, vermöge dessen mehr nicht als zwei Zeugen zu einem letzten Willen erforderlich sind ꝛc."

Dies sind nun die Hauptstellen des neuern Rechts, welche auf Beurtheilung der strittigen Frage Einfluß äußern können, und ist nur zu bemerken, daß der Codex civilis in Beziehung

auf das Albertinische Statut an die Stelle des gemeinen Rechts tretend, im Verhältniß zu diesem ein bloßes Landesstatut ist, das aus dem gemeinen Recht zwar erläutert werden kann, nicht aber darauf oder gar auf dem römischen Recht beruht, worüber sich die Annotation in der Vorrede Absatz 3 und 7 genügend ausgesprochen hat, so wie der Codex selbst in Th. I. Cap. 2. §. 9—12 u. 13.

§. 7.

Beurtheilung der Controverse, ob das Erbrecht des überlebenden Ehegatten nach dem Cod. civ. auf Intestaterbrecht, oder auf Statut beruhe.

Allgemeine eheliche Gütergemeinschaft besteht in ganz Alt=Baiern zur Zeit nach dem Cod. civ. nur in dem einzigen Fall, wo sie auf Vertrag beruhet [1]), doch ist deren factische und später rechtlich wirksam werdende Existenz auch noch in drei anderen Fällen denkbar, nämlich

1) wenn nach Statutarrecht im Moment des Eintritts eines kinderlosen Todesfalls des einen oder des anderen Ehegatten, die während der Ehe getrennt gehaltenen, doch unter der Verwaltung und Benützung des Ehemannes, auch bezüglich der Illaten seiner Frau, gestandenen, beiderseitigen Güter und Erübrigungen als eine nun in ein ungetrenntes Ganze zusammenfließende Theilungsmasse angesehen werden,
2) wenn bei ganz vermögenslos, oder nur mit gemeinschaftlicher häuslicher Einrichtung zusammen Heirathender alles später vorhandene Vermögen, als beiderseits erworbenes und vorher ungetheiltes, also gemeinschaftliches Vermögen zu betrachten ist, oder etwa auch, wenn beide Ehegatten durch gemeinschaftliche Glückszufälle z. B. gemeinschaftliche Einsetzung als Erben eines Dritten, oder gemeinschaftlich ihnen gemachte Schenkungen erst zu einigen ungetheilten

1) Cod. Max. Thl. I. Cap. 6. §. 32.

Vermögen gekommen sind und es bis zum Tode des einen von ihnen unzertheilt besessen haben.

3) Wenn Eheleute von einer andern Stadt Bayerns, wie Landshut, Ingolstadt, oder aus neubayerischen Orten, oder aus anderen teutschen Ländern, in denen unverdingte Ehen, Kraft der dortigen Gesetze bestehen, nach München als Bürger, oder überhaupt nach Bayern, übergezogen sind, ohne daß zwischen ihnen schon vorher eine Vermögensseparation statt gefunden hat.

Daß in allen diesen Fällen der Ehemann der alleinige Disponent über das ungetheilte Vermögen, wie bei der sogenannten communio bonorum pro indiviso, sei und die Frau weder unter Lebenden noch von Todeswegen über das Ganze ohne Consens des Ehemannes, und auf den Todesfall, auch Letzterer ohne Einwilligung des Erstern nicht verfügen könne, wird nicht bezweifelt werden können.

Nur eventuell wird dem einen Ehegatten, auf seinen eigenen Todesfall, ein Verfügungsrecht über dasjenige nicht versagt werden können, was ihm auf den Fall einer Ehescheidung oder für den Fall seines Ueberlebens, auf das früher eintretende Ableben des anderen Ehetheils, vom Ganzen, jure condominii oder vi statutariae portionis, oder sonst etwa, jure dominii, am Receptitiengut, bei der Theilung durch Gesetz oder Vertrag unwiderruflich gesichert, oder bei vorhandenen letztwilligen Verfügungen, im Falle des Todes des Testators ohne Widerruf, also wenigstens eventuell, definitiv gesichert ist.

Auch in frühern Zeiten läßt sich für Altbayern die allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten nicht denken, da nicht erwiesen ist, daß sie überall in der Rechtssitte des Landes jemals begründet gewesen wäre, vielmehr nur Errungenschaftsgemeinschaft von jeher statt fand [2]).

Zwar scheint es und halten einige dafür: als ob, nach den, oben §. 4 angeführten Präjudizien und Rechtsfällen vom

2) Mittermaier, Grundsätze §. 541. Not. 1 und der ganze §. 4 gegenwärtiger Erörterungen.

21. April 1467, 1484, dann 1540 wenigstens in München, wie dieß auch von den sogenannten geretteten oder gerenkten d. h. auf den Burgfrieden der Stadt beschränkten [3]), Heirathen in Ingolstadt und Landshut der Fall sei, in früherer Zeit, allgemeine Gütergemeinschaft der Eheleute bestanden habe und als Grund des dortigen singulären Erbrechts unter den kinderlosen bürgerlichen Ehegatten betrachtet worden sei; diese Ansicht ist jedoch aus den oben ausgehobenen Rechtsgewohnheiten nicht zu begründen.

Denn abgesehen davon, daß der aus dem eigenthümlichen bayerischen Sprach-Idiom erklärbare Ausdruck „gerettete Heirath" mit Heiraths-Abrede nach Stadtrecht gleichbedeutend zu sein scheint, mithin nur die Verabredung bei Eingehung der Ehe über den während derselben beliebten, oder durch das Statut eingeführten Güterstand bedeutet, an sich aber nicht gerade für allgemeine Gütergemeinschaft spricht; so beziehen sich die Worte „bei einander gesessen sein, Jahr und Tag" nicht nothwendig auf allgemeinen Güterstand, vielmehr auf die bei jedem Güterverhältniß nothwendige Gewere des Besitzers nach Jahr und Tag, ohne welche er den gesetzlichen Schutz im Besitz und Genuß des durch die gerichtliche Auflassung übernommenen Guts nicht erlangen konnte, der Ehemann also auch nicht an dem Eingebrachten der Ehefrau. Ebenso läßt sich der 1467 gebrauchte Ausdruck, „daß die Ehegatten mit einander die Deck beschließen," gar wohl nur aus dem allgemein nothwendigen Erforderniß eines jeden ehelichen Vermögensbesitzes und Genusses, nämlich der wirklichen Eingehung der Ehe, matrimonium consumatum, also von dem ehelichen Beisammenwohnen erklären; ohne gerade ausschließlich versammte Ehe andeuten zu müssen.

Doch scheint das Erbrecht des kinderlos überlebenden

3) Das Adjectiv gerenkt stammt vom Zeitwort renken, das besonders noch in zusammengesetzten Formen, wie ausrenken, einrenken, verrenken, in oder aus seiner ordentlichen, örtlichen Lage bringen, vorkommt und von Rang, Ring abzuleiten ist. Daher gerenkt so viel, als auf die Ringnummer eines Ortes beschränkt heißt.

Ehegatten sich ursprünglich nur auf die inner Landes, oder der Stadt München geschlossenen unverdingten Ehen bezogen zu haben, wurde aber jedenfalls durch das privileg. Albert. auch auf auswärts geschlossene Ehen nach München übersiedelter Bürger; ausgedehnt, wenn sie nur bis zum Ableben des einen derselben, häuslich über Jahr und Tag bei einander da gewohnt hatten.

Die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft war, mit Ausnahme einiger altbayrischer Städte, wo sie durch Statut, wie bemerkt, eingeführt ist, oder wo sie durch Vertrag besteht, oder in einzelnen Fällen, bei übersiedelten Eheleuten, schon vor ihrer Uebersiedlung bestanden hat, oder wo, wie in dem Fall, daß das ganze eheliche Vermögen erst während der Ehe gemeinschaftlich errungen oder erworben und damit ipso facto daraus ein condominium, bonorum communium gesetzt ist, in Altbayern zu keiner Zeit durch Gesetz oder allgemein herrschendes Gewohnheitsrecht, oder Landesstatut begründet. Vielmehr geht der getrennte Güterstand aus den alten Landesstatuten mit Evidenz hervor. Insbesondere erhellt dieß aus dem Münchner Stadtrecht von 1347, welches überall älteren teutschen Rechtsgewohnheiten folgt, wie z. B. der Gewere, der Auflassung vor Gericht, dem Erb-Gedinge, der Giltigkeit einfacher Versprechungen, ohne weitere Solennitäten, wenn sie nur durch zwei Zeugen erwiesen werden können, dem Rückfall einzelner Vermögenstheile auf die Familie, dem Retracts- und dem Einstandsrecht der Verwandten und Miterben, dem Nichterben der Bürgschaft eines Mannes auf die Frau, dem Gesammterbrecht der Verwandten, dem eventuellen Erbrecht der Stadtgemeinde, nach Art. 83 in die Fahrniß des überwiesenen Räubers und in die Verlassenschaft abgetheilter zuletzt versterbender Kinder, nach Art. 122, dem auf einzelne Theile des Vermögens beschränkten Verfügungsrecht der Ehefrau, der verschiedenen Successionsweise in liegende oder fahrende Habe, Heimsteuer und Widerlage, Wittwensitz, der sich in dem Beisitz der Nutzung und Nießung der Wittwe wirksam zeigt, der Unbekanntschaft mit den Solennitäten der römischen Testamentserrichtung u. s. w. Dieß Alles deutet noch überall in

dem alten Stadtrecht auf ursprünglich teutsche Rechtsgewohnheiten, Güterverhältnisse, Erb- und Verfügungs-Rechte und insbesondere auf getrenntes Vermögen der Ehegatten hin. Nirgends ist erkennbar, daß das römische Recht, wenn dessen Bestimmungen auch schon bekannt waren und Manches daran erinnert, oder einige Aehnlichkeit damit hat, dem Münchner Stadtrecht zur Grundlage gedient, oder darin sich schon geltend gemacht hätte.

Sogar das Autonomie-Recht der Stadt in Abänderung oder Neugestaltung des örtlichen Statuts ist darin nach altteutscher Sitte gewahrt und dieser entsprechend.

Es lassen auch einige Stellen in dem Stadtbuch mit Grund schon auf das Bestehen von Errungenschaftsgemeinschaft unter den Münchner Eheleuten damaliger Zeit schließen, denn so spricht z. B. der erwähnte Art. 307 von Vermögen, welches die Frau selbst gewonnen, und Art. 214 spricht von Gut, das die Eheleute außer ihren von den Eltern vererbten Vermögen selber erarbeitet haben. Der Ausdruck gewonnen kann nicht einseitig blos für das während der Ehe etwa durch Erbschaft zugekommene, das noch zugebrachte Vermögen, genommen werden, es liegt vielmehr hiebei der eheliche Gewinnst, das errungene, erarbeitete Vermögen zu Grunde, welches, dem ehelichen Verlust entgegengesetzt, entweder aus Ersparungen herrührte, oder durch gemeinschaftliche Thätigkeit der Ehegatten zu dem ursprünglich von ihnen eingebrachten, oder von ihren Verwandten ererbten Vermögen hinzugeschlagen worden ist. Der Ausdruck „erarbeitetes Gut" deutet gleichfalls eine solche Thätigkeit der Eheleute zur Vermehrung ihres ursprünglichen, oder ererbten Vermögens an. Daß aber die Ehefrau, troß getrennten Güterstandes, auch an dem ehelichen Verlust Theil zu nehmen hatte, geht aus Art. 192 hervor, wonach die Frau mit ihrem Vermögen, was mehr als die Morgengabe betrug, die Schulden des bedrängten Mannes abzuzahlen hatte.

Für diese Ansicht spricht auch der oben angeführte Gerichtsbrief von St. Martin 1484, den jedoch Auer nicht wörtlich angeführt hat. Kreitmair hatte überdieß in den Anmerkungen zu Th. I. Cap. 6. §. 38 darauf hingewiesen, daß

schon in den legibus Bajuwaricis Th. 14. §. 9 Spuren der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft sich finden. Augenscheinlich aber wollte das Stadtrecht, auf den kinderlosen Todesfall der Ehegatten, die ursprünglich getrennte Habe im Moment des Todes des Einen von ihnen, in eine versammte Habe, zu Gunsten des Ueberlebenden übergehen lassen. Dieser bei Eingehung der Ehe nicht so leicht vorauszusehende, kinderlose Todesfall, und das Alleineigenthum des Ueberlebenden am Ganzen, machte demnach die Ausnahme von der Regel des während der Ehe getrennten Güterstandes, bei bloßer Errungenschaftsgemeinschaft. Es scheint aber, als ob, wenn die in den Besitz des Gesammteigenthums auf solche Weise gelangte Wittwe, dann kinderlos, ohne letztwillige Verfügung verstarb, das Vermögen nicht blos an ihre nächsten Verwandten übergieng, sondern daß die nächsten Freunde von beiden Seiten, die Verwandten von beiden Ehegatten, gemeinschaftlich erbten, wenn sie nur beziehungsweise zu einem oder dem andern derselben in gleichen Verwandtschaftsgraden standen. Dieß entspräche aber so ziemlich demjenigen, was der Cod. civilis in Thl. I. Tit. 6. §. 38 verordnet hat, mit dem Unterschiede, daß nach dem Art. 307 dem überlebenden Ehegatten auch freies Verfügungsrecht auf den Todesfall über das Ganze zustand, was der Codex civ. ihm nicht zugesteht. Denn in der freien Vermögensverfügung unter Lebenden sollte ihn ohnehin keiner von beiderseitigen Verwandten irren dürfen. Dies scheint aus dem Wortverstand des Artikels hervorzugehen, der nur von den nächsten Freunden überhaupt, nicht von denen des überlebenden Ehegatten spricht, nachdem er unmittelbar vorher ihrer und ihres Mannes Freunde erwähnt hat, die keine Einrede gegen ihre Verfügungen unter Lebenden haben sollten. Dies erinnert auch an den häufig vorkommenden Fall bei reciproken Testamenten der Eheleute, worin zuweilen bestimmt wird: daß nach dem Tode des Ueberlebenden die beiderseitigen Verwandten sich in die Erbschaft nach dem Gesetz zu theilen haben, so daß also das in den Händen des Ueberlebenden vereinigte, eheliche Vermögen nach seinem Tode wiederum in zwei Hälften oder in die ursprünglichen Antheile jedes Gatten an dem zusam-

mengebrachten oder eroberten Vermögen zerfiel, und unter die Gleichgesippten beider Ehegatten nach dieser Ausscheidung vertheilt wurde.

Unter dieser Voraussetzung machte sich also der Rückfall des Familiengutes, wie er nach teutschem Rechte früher bestand, wieder geltend, wie dieß insbesondere auch mit der sogenannten Federwatte nach Art. 193 der Fall war. Daß dieses Alles mit beiderseitiger Einwilligung der Ehegatten, oder durch Erbvertrag, als der ursprünglich allein gebräuchlichen, teutschen Form der letztwilligen Verfügungen, abgeändert werden konnte, versteht sich von selbst. Schon mit Eingehung der Ehe nach Münchner Stadtrecht, und deren Fortsetzung bis auf den Todesfall des einen der Eheleute, war daher dieses eventuelle Erbrecht ins ganze Vermögen geboren und im Voraus gesichert, wenn sie nicht freiwillig, mit beiderseitiger Einwilligung, anders darüber verfügten, was jedenfalls auch später, entweder in wechselseitigen Testamenten, mit Begebung des Widerrufs, oder bei einseitiger, mit nachträglicher Genehmigung des Ueberlebenden geschehen konnte.

Daß im Uebrigen in Bayern die Errungenschaftsgemeinschaft von Alters her in der Regel bestanden hat, und noch besteht, kann aus den oben im §. 3 ausgehobenen Gesetzesstellen des Codicis civilis und den Annotationen dazu unmittelbar, so wie aus den vorangeschickten rechtsgeschichtlichen Entwicklungen zur Genüge entnommen werden.

Was nun

1) die gesetzliche Erbfolge der Blutsverwandten und der Ehegatten nach dem Codex civilis anbelangt; so geht aus Thl. I. Cap. 6. §. 35 mit Evidenz hervor, daß dieses neuere Gesetz, gleich dem ihm vorgegangenen Statutarrecht von 1616 u. s. w. das römische Institut der successio ab intestato gänzlich verlassen und sich dafür ein neues System auf anderen Grundlagen, oder wie das Promulgationspatent des Churfürsten Max. Joseph zum Cod. civ. v. 2. Januar 1756 sich ausdrückt: das jus novum, wodurch entweder ganz Neues verordnet oder das ältere Recht abgeschafft worden, sich angeeignet hat. Denn es erklärt das römische Civil- und prätorische Erb-

recht bezüglich der Ehegatten für gänzlich außer Anwendung gesetzt und in Bayern für nicht recipirt [4]).

In der in Thl. III. Tit. 12 behandelten natürlichen Erbfolge der Blutsverwandten, worauf es die römische Bezeichnung und den Begriff der successio ab intestato beschränkt, vermischt der Codex römische mit teutschen und canonischen Rechtssätzen, verläßt einzelne Bestimmungen des römischen Rechts ganz, schließt dort die successio conjugum ganz aus und setzt neues hinzu, oder befolgt eine neue Ordnung. Eheleute succediren sich auf andere Art nach römischen, als nach teutsch- und bayerischen Rechten, sagen die Anmerkungen zu §. 35. Th. I. Tit. 6 des Cod. civ.

Dagegen verweist der Codex

2) die Succession der Ehegatten, mit oder ohne Concurrenz von Blutsverwandten, von der successio ab intestato getrennt, und als ein ganz neues, eigenthümliches Institut, davon unabhängig, in das Thl. I. Cap. 6 abgehandelte eheliche Recht, indem er es meist ganz von dem vorausgegangenen ehelichen Güterstand abhängig macht, wovon dem römischen Recht nichts bekannt war. Dadurch hat derselbe ein ganz neues System der verschiedenen ehelichen Rechte auf den Todesfall aufgestellt.

Ist auch das meiste von dem Intestaterbrechte der Blutsfreunde allein, vom Codex, aus dem römischen Rechte entlehnt, so ist es doch damit nicht identisch, während das Erbrecht der Ehegatten überhaupt, und insbesondere das auf den kinderlosen Todesfall, davon ganz verschieden und teutschen Rechtsgewohnheiten entnommen erscheint, im römischen Recht aber so nicht vorgesehen ist. Ebendarum kann es auch nicht im Entferntesten nach dessen Intestaterbfolgesystem beurtheilt werden.

Der Codex hat den Unterschied beider auch noch weiter dadurch schon äußerlich erkennbar gemacht, daß er den Anspruch des überlebenden Ehegatten auf den Todesfall, im Thl. III. Cap. 2. §. 3. Nr. 3 nur schlechthin als eine Succession, nicht aber als eine successio ab intestato, geschweige denn als eine

4) Auf das Familienrecht der Teutschen gewann überhaupt das römische Recht wenig Einfluß. Eichhorn, d. St. u. Rechts-Gesch. §. 568.

successio naturalis et legitima nach römischen Begriff bezeichnet, und in Thl. I, Cap. 6. §. 36—38 den Ausdruck Succession, oder Erbschaft, sogar ganz vermieden und dafür die Worte gebraucht hat:

„was dem überlebenden Ehegatten von dem ehelichen Vermögen folge, ihm davon bleibe, was er davon zurückzunehmen, zu genießen habe."

Das Gesetz ließ es aber bei diesen blos äußerlichen Unterscheidungsmerkmalen keineswegs bewenden, es gieng auch auf die innere, wesentliche Verschiedenheit des neuen bayrischen Instituts von dem römischen Intestaterbrecht ein, indem es einer Seits die vom teutschen Gewohnheitsrecht begünstigte Erbfolge der Ehefrauen festhielt, anderer Seits, den schon vom römischen Recht gelockerten Grundsatz: jure affinitatis successio non permittitur, bezüglich der Ehegatten ganz ignorirte, und die Strenge des römischen und gemeinteutschen Rechts, welche illegitimi von aller Erbschaft ausschloßen, zum Trotz in Th. III. Cap. 12. §. 4. Nr. 10 und §. 2. Nr. 10 u. 11 mit Annotationen, denselben einen wenigstens eventuellen Erbsanspruch zugestand, überdieß aber neben der römisch-testamentarischen, auch noch die uraltteutsche pactirte Erbfolge beibehielt und dadurch die Möglichkeit übrig ließ: daß die nicht durch die eine oder die andere derselben willkührlich regulirte, sondern unmittelbar aus Gesetz oder Statut entspringende Erbfolge, nicht blos eine römische successio ab intestato, sondern auch eine teutsch gesetzliche Erbfolge, im Mangel eines Erbvertrags sein konnte. Dieses statutarische Erbrecht unterscheidet sich aber im Wesentlichsten von der Intestaterbfolge noch darin, daß es

1) mit dem Moment des Todes des Erblassers zwar deferirt, aber nicht durch einen Additionsact bedingt ist, vielmehr das Eigenthum am Erbtheil nur durch die Auseinandersetzung mit den Intestaterben, mittels Tradition, erworben wird;
2) daß es dabei eines beneficii legis et inventarii nicht bedarf, weil, wenn der überlebende Ehegatte nicht auf seinen Anspruch freiwillig verzichtet, und mit Ausnahme seines Eingebrachten und sonstigen Eigenthums an der Masse, das Ganze den Intestaterben überläßt, derselbe gegen die

Haftung seines eigenen Vermögens für die ehelichen Schulden schon dadurch vollkommen sicher gestellt ist: daß er nach Thl. I. Tit. 6. §. 33. Nr. 3 unter allen Voraussetzungen nur nach Verhältniß seiner statutarischen Portion, nicht aber darüber hinaus, dazu beizutragen verpflichtet ist,

3) daß durch das statutarische Erbe keine unitas personarum zwischen dem Erblasser und Erben, mithin auch der Letztere in die persönlichen Verpflichtungen und Rechte des Ersteren nicht eintritt,
4) daß kein Accreszenzrecht dem Ueberlebengen zusteht, sondern nur den Intestat- oder Testamentserben, und der Ausfall einer Erbsportion nur insoferne eine verhältnißmäßige Vermehrung der statutarischen Portion nach sich zieht, wo diese nur in einer bestimmten Quote des ganzen reinen Nachlasses besteht, während der Ueberrest der vakanten Erbsportion den übrigen Erben accreszirt und das Accreszenzrecht dem Ehegatten nur dann mit zusteht, wenn er als Testamentserbe mit eingesetzt ist,
5) weil die portio statutaria keine legitima ist und eine Enterbung des Ueberlebenden nicht zuläßt, endlich
6) daß sie durch Testament nicht geschmälert, belastet oder gar entzogen werden darf, und im Mangel letztwilliger Verfügungen des Erblassers durch Vertrag oder Testament, und von allen Blutsverwandten desselben, vom Fiscus, als vacant, nicht occupirt werden kann.

Es bleibt nun noch die Lösung der Frage übrig, ob eine gesetzliche Erbschaft, wenn darüber durch Erbvertrag nicht anders verfügt war, unter Umständen durch Testament beschränkt oder entzogen werden kann. Es kommt dabei darauf an: ob der Testator die Befugniß habe: den Erbanspruch des eventuell Berechtigten unberücksichtigt zu lassen, oder ob dieses Erbrecht statutarisch unbedingt besteht, und der Testator nur unbeschadet desselben verfügen darf? Das Eine oder Andere kann aber nur mittelst Interpretation der vom Gesetzgeber desfalls gebrauchten Ausdrücke festgestellt werden; ob nämlich entweder im Wesentlichen gesagt ist: der gesetzliche Erbanspruch bestehe,

1) wenn über die Erbschaft, in der Bedeutung als Erbrecht, durch Testament nicht anders verfügt würde, oder

ob gesagt ist:

2) wenn über die Erbschaft, als Nachlaß, nicht durch Geschäft oder Testament anderweit, Anders, verfügt würde.

Der Codex Max. civ. läßt darüber keine Zweifel übrig, indem er bestimmt, daß das gesetzliche Erbrecht der Eheleute eintrete, falls weder durch Geding, Heirathsvertrag, noch letzten Willen eine andere Fürsehung von Succession der Eheleute geschehe und die Annotationen bemerken dazu, daß zunächst auf die pacta nach dem Grundsatz, Geding bricht Landrecht, zu sehen und daß in deren Ermanglung die Succession nach Maasgabe §. 36—38 erfolge.

Des Nichtvorhandenseins eines Testaments geschieht demnach in den Anmerkungen gar keine Erwähnung, auch ist nicht bemerkt, daß im Mangel Vertrags, zunächst die testamentarische und wenn auch kein Testament vorhanden, erst dann die gesetzliche Erbfolge entscheide.

Also nur Vertrag oder Gesetz entscheiden über den von dem Gesetz selbst, und den Annotationen ausdrücklich als statutarisches Erbe bezeichneten, Anspruch des überlebenden Ehegatten, in Concurenz mit oder ohne Kinder, oder mit Ascendenten und Seitenverwandten des Verlebten. Ein weiteres Erbrecht kommt demselben ab intestato nicht zu, und kann ihm, im Mangel von Notherben, nur erst noch über seine statutarische Portion letztwillig zugewendet oder entzogen werden. Der Codex selbst nennt im Th. I. Tit. 6. §. 33. Nr. 3 mit den Annotationen dazu, den Antheil, welchen ein Ehegatte an dem gemeinschaftlicher Vermögen (außer der communio bonorum universali) hat, einen statutenmäßigen Antheil, und damit ist daher, bei der communio acquaestus, vom Gesetz selbst ausdrücklich entschieden, daß er portio statutaria ist, indem ja in der nur vertragsmäßig eingegangenen allgemeinen Gütergemeinschaft der Codex für den überlebenden Ehegatten gar keinen Erbtheil, also auch keine statutarische Portion ausspricht, sondern desfalls alles dem vertragsmäßigen Uebereinkommen anheimstellt.

Daß aber die statutarische Portion der Ehegatten ihnen

als Erbtheil oder Legat, mit den davon abhängenden Rechten und Verbindlichkeiten, jedoch ohne Abzug der falcidischen Quart davon, auch durch Testament fürgesehen, wie sich der Codex ausdrückt, oder hinterlassen werden könne, und daß zu ihren Gunsten durch Letzteres auch anders verfügt werden kann, wenn nur die statutarische Portion nicht verletzt, vielmehr etwa durch Gewährung anderer Vortheile surrogirt und aufgewogen wird, kann nicht bezweifelt; aber verkürzt, oder ganz entzogen kann sie ihnen durch Testament in keinem Falle werden.

Auf diesen Sinn beschränken und beziehen sich die dispositiven Worte im Cod. civ. §. 35. Auch daraus erhellet abermals: daß diese statutarische Portion nicht den Charakter einer Intestaterbportion an sich tragen könne.

Worin sie übrigens nach dem Gesetz besteht ist aus den §§. 36, 37 und 38 leicht zu entnehmen, nemlich:

Im ersten Fall[5]) für die Wittwe in einem Kindestheil von der ganzen Errungenschaft, die also hier zwar als vermischtes, doch nicht gemeinschaftliches Vermögen, daher während der Ehe, als ein noch nicht getheiltes, und bezüglich des von dem Ueberlebenden daran erst zu erwartenden Antheils, noch keineswegs als ein speziell erworbenes Gut angesehen wird; oder statt dessen der lebenslängliche Nießbrauch an der Widerlage.

Im zweiten Falle[6]) erhält der überlebende Ehemann die ganze eheliche Errungenschaft und alles Vermögen, was überhaupt, nach Hinausgabe des Eingebrachten, der Morgengabe, End und Gebänd, Kleinodien, Kleider, der Verstorbene und was zu ihrem Leibe gehörig war, an deren Kinder erster Ehe, übrig bleibt, vorbehaltlich des Muttergutsantheils seiner Kinder daran; und im Dotalverhältniß, der lebenslänglichen Nießbrauch an dem Eingebrachten der Ehefrau.

Erst im dritten und vierten Fall[7]) bleibt dem Ueberlebenden; als statutarische Portion, das Ehebett, die lebens-

5) Cod. Max. Thl. I. Cap. 6. §. 36.
6) Cod. Max. l. c. §. 37.
7) §. 38 l. c.

längliche Nutznießung an der zweiten, jetzt erst vertheilten Errungenschaftshälfte, und im Dotalverhältniß auch an der dos, beziehungsweise der Widerlage.

Die römische Testaments- oder Intestaterbfolge, und ihnen gegenüber, die teuschrechtliche successio ex pacto oder ex statuto, lassen daher unter sich keine Analogien zu, sind vielmehr ganz verschiedene Gegensätze, die sich unter kein gemeinschaftliches Prinzip vereinigen, ganz unabhängig von und zu einander bestehen, sich gegenseitig nicht ergänzen und nicht einmal subsidäre Anwendung auf einander gestatten. Der nur aus Mißbrauch der römischen Terminologie entstandene Name, Intestaterbrecht, kann daher über das Wesen der teutschen Erbfolge nicht entscheiden, diese nicht im mindesten beeinträchtigen oder verändern [8]).

Ganz ähnlich, wie der Codex Max, verfügen auch andere Landesstatute, nach denen Errungeuschaftsgemeinschaft als Regel gilt, so z. B. das Ansbachische Recht, welches von letzten Willen, Geschäften und Testamenten neben einander in Tit. XI. und gleich darauf in Tit. XII. der Amtsordnung, von Erbfällen ohne Geschäft, d. h. Erbvertrag, handelt, und vom Abgange eines Ehegatten ohne Geschäft oder Testament spricht. Auch hier ist Alles, was dem Ehegatten ohne Geschäft (Erbvertrag) unmittelbar durch das Gesetz vom Vermögen des Verstorbenen angewiesen ist, als dessen statutarische Portion, nach teutschem Rechte, nicht aber als Intestaterbportion im römischen Sinne, anzusehen, die ihm durch Testament nicht entzogen werden kann [9])

Nur wo dieses Statut ihm ein Erbrecht darüber unter der ausdrücklichen Bedingung, daß in keinem Geschäft oder Testament Anderes darüber verfügt sei, zuspricht, kann ihm im Mangel eines Erbvertrages, dieses Mehr durch Testament entzogen werden [10]) und ist insoferne Intestaterbportion.

8) Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 338. Not. a. und Rechtsgeschichte §. 568. Auer, Stadtrecht S. LXXXIV.

9) Luz, Intestaterbfolge nach Ansbacher Provinzialrecht I. u. II. Ausgabe.

10) Heuber, Realinder S. 45 ff.

Ebenso erhält der überlebende Ehegatte, wenn er nach bambergischem Statutarrecht mit dem Verstorbenen in Errungenschaftsgemeinschaft gelebt, außer seinem Eingebrachten und Errungenschaftsantheil, die ihm jure dominii et condominii zustehen, den vierten Theil an dem Nachlaß des Verstorbenen, Illaten und Errungenschaftsantheil, als statutarische Portion [11]). Dieß ist auch durch das preußische Landrecht anerkannt [12]).

Besonders merkwürdig und über den wahren Sinn völlig entscheidend, ist, was die Reformation der Stadt Frankfurt, welche gleichfalls eheliche Errungenschaftsgemeinschaftsgemeinschaft als Grundlage angenommen hat, desfalls verordnete nemlich:

> daß Eheleute einander in dem Maaß erben sollen, daß wenn einer vor dem anderen ohne Testament oder letzten Willen verstürbe, und keine pacta vorhanden wären, im Mangel von Kindern, der Ueberlebende die lebenslängliche Nutznießung an den eingebrachten liegenden Gütern des Verstorbenen, und das Eigenthum an dessen ein- und zugebrachter fahrenden Habe haben solle, bei vorhandenen Kindern aber die Hälfte an der fahrenden Hab und den Nießbrauch und Beilaß an den liegenden Gütern; daß an der ehelichen Errungenschaft dem Ueberlebenden ohne Kinder des Eigenthum zufallen, oder mit Kindern, die Hälfte davon gehören solle, und daß was den Eheleuten durch die Reformation gebühre, ihnen durch Testament oder anderen letzten Willen nicht entzogen oder geschmälert werden dürfe [13]).

Dasselbe verordnet das sächsische Landrecht [14]). Meurer zeigt aus verschiedenen teutschen Landesstatuten noch mehr dergleichen Fälle an, wie z. B. aus Wormser Recht, und nach Solmsischem Landrecht 2c. [15]).

---

11) v. Spies, Handb. des bamberg. Statutarrechts S. 14 u. 33.

12) Allgem. Landr. Thl. II. Tit. I. §. 495 ff. §. 345, 396, 623—627.

13) Meurer, tract. jurid de sucess ab intestat. p. 104, 106 et 108.

14) Meurer, tract. de test. et cod. p. 150

15) Meurer, tract. jurid. S. 83 ff. u. 90 ff.

Da die Errungenschaft ein im Voraus quantitativ und qualitativ unbestimmbares Vermögen ist, das nach seinen einzelnen Bestandtheilen erst nach Auflösung der Ehe durch den Tod des einen Ehegatten, oder durch Scheidung, seiner Substanz nach, aus dem übrigen Vermögen beider Gatten ausgeschieden, und im Ganzen, seinem Werth nach, berechnet werden kann, mit Eingehung der Ehe aber noch gar nicht vorhanden und erst im Verlauf derselben, meist aus nur kleinen Theilen und aus den verschiedensten Anläßen, allmählig anwächst, auch kaum einen periodisch rechnerischen Abschluß zuläßt, während der Ehe überdies im steten Zu- oder Abnehmen begriffen sein kann, und im günstigsten Falle als ein condominium pro indiviso beider Gatten, das der alleinigen Verwaltung und Verfügung des Ehemannes unterstellt ist, zusteht, so leuchtet von selbst ein, daß während des Laufes der Ehe ein bestimmter Antheil des einen oder des anderen Ehegenossen daran vom übrigen Vermögen sich nicht ausscheiden, seiner Eigenschaft nach sich nicht bestimmen, noch seiner Qualität und Quantität nach berechnen läßt, daß damit aber auch jede Verfügung des einen oder anderen Gatten über seinen vermeintlichen Antheil daran so zu sagen, während der Ehe rechtlich und faktisch unmöglich wird, und darüber höchstens wie über eine spes, nur ganz allgemein verfügt werden könnte.

Es läßt sich überdies nicht einmal im Voraus mit einiger Sicherheit bestimmen, ob einem oder dem anderen Ehegatten überhaupt daran ein Antheil zukomme, oder nicht? Es hängt dies vielmehr von den verschiedensten Voraussetzungen ab, wie z. B.: davon ob die Eheleute ein gemeinsam bürgerliches Gewerbe mit einander betrieben, oder wenigstens gemeinschaftliche Lohndienste geleistet, Arbeiten geliefert, oder sich außerhalb des concessionirten und licenzirten Gewerbskreises, durch ihren Hände Arbeit oder auf andere Weise fortgebracht, und dabei zurückgelegt haben oder nicht; ob die Ehefrau nicht vielmehr verschwendet und Schulden gemacht, statt durch Sparsamkeit und Umsicht zur Vermehrung der Errungenschaft etwas beigetragen zu haben; ob ferner beide Ehegatten nicht zu den sogenannten gefreiten Ständen, z. B. Militär-, Civil- und

Kirchenbeamten, im Gegensatz zu den eigentlichen gewerbtreibenden Bürgern, gehören [16]), ob nicht die Errungenschaft nur vom Ehemann erworben und durch seine ausschließliche Thätigkeit bedingt gewesen sei, ob und wieviel bei gemeinschaftlichem bürgerlichen Geschäft der eine oder der andere Ehegatte von seinem Vermögen zum Betriebscapitel beigeschossen, und nur nach dem Verhältniß desselben, seine Quote daran anzusprechen habe? wie dies nach den Grundsätzen der Association der Fall ist, worauf sich auch der Codex im I. Theil 6. Cap. §. 32 Nr. 5 und 6 sammt Annotationen dazu ausdrücklich bezieht und noch überdieß ausdrücklich sagt: daß im Zweifel, so wohl während als nach aufgelößter Ehe, die Vermuthung für das Eigenthum des Mannes spreche [17]).

Nach Erledigung aller dieser theils faktisch, theils rechtlichen Fragen, kommt es aber auch noch darauf an, welchen Ausgang die Ehe genommen hat, ob durch Tod oder durch Scheidung, ob mit oder ohne Kinder und sonstige Blutsverwandte, ob unter den Eheleuten eine dos und donatio propter nuptias ausdrücklich verabredet war oder nicht? indem auch hievon wiederum die Entscheidung der Frage abhängt, ob die Errungenschaft dem Ehemann ausschließlich, oder beiden Theilen gemeinschaftlich zufalle, wann der Wittwe ein Antheil daran zukomme oder nicht?

Durch die Vermischung der gemeinschaftlich, nicht blos einseitig vom Ehemann gewonnenen, sondern beiderseits erarbeiteten und ersparten Errungenschaft, während der Ehe, in ein ungetrenntes Ganze, steht daran nur dem Ehemanne, wie beim Condominium nur dem Director der Gesellschaft, im Namen dieser, nicht aber den einzelnen Theilhabern ein Verfügungsrecht zu. Denn in der Einwerfung des Vermögens der Einzelnen in die Gemeinschaft, liegt von selbst eine Entäußerung daran zum Besten des Condominats, jedoch mit der Anwartschaft auf dereinstige verhältnißmäßige Antheilnahme, und insbesondere bei der teutschrechtlichen communio bonorum pro indiviso, dem

16) Annotationen ad cod. civ. Thl. V. Cap. 25. §. 5. l. c. u. §. 9.

17) Cod. civ. Thl. I. Cap. 6. §. 20 Nr. 2. u. 33. Nr. 1. u. Thl. III. Cap. 1. §. 17. Nr. 9 mit Annotat. Nr. 5. Siehe oben S. 47.

Gesammteigenthum, im Gegensatz zu dem römischen Begriff des Condominii, mit wenigstens ideellen Antheilen der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft, ist jeder besondere Antheil der Ehegatten, während der Ehe, daran undenkbar [18]).

Um nun das Eigenthum an bestimmten Antheilen von diesem Gemeineigenthum zu erlangen, ist erst eine Auflösung der Gesellschaft und eine Ausscheidung des Vermögens, sowie eine Uebergabe der einzelnen Vermögensstücke an die Theilhaber erforderlich. Der Erwerbstitel ist daher allerdings das condominium und das Aufhören desselben; der Erwerbs modus aber, die Eigenthums-Theilung und Ueberlassung der einzelnen Theile, die Tradition derselben an die Betheiligten. Wie bei Erwerbung von Rechten, die Entstehung des Rechtes von einem bestimmten Ereigniß abhängt, dies cedit, wie deren Geltendmachung von einem zweiten Ereigniß, dies venit, so ist auch bei Erwerbung des Eigenthums der titulus acquisitionis von dem modus aquirendi unterschieden, und dieser Letztere liegt, jetzt wenigstens, in der Regel in der Tradition, ohne welche kein abgeleitetes Eigenthum an irgend einer Sache statt finden kann; wie es denn auch schon nach älterem bayerischen Recht, ohne gerichtliche Auffassung und Ersitzung nicht erlangt werden konnte. Die Verfügung des Ehegatten über seinen erst zu hoffenden, oder eventuellen Antheil an der Errungenschaft ist daher mit der über ein Nichteigenthum ganz gleichbedeutend. Diese bloße Hoffnung auf ein künftiges unbestimmbares Vermögen, worüber ohnehin unter Lebenden oder von Todeswegen nicht anders, als nur bedingt verfügt werden kann, ist nichts, wenn nicht, wie bei der emtio spei, die Hoffnung selbst der Gegenstand des Geschäftes ist. Jede Verfügung über fremde, noch nicht selbst erworbene Sachen, ist überdieß ohne Einwilligung des Eigenthümers null und nichtig, daher aus diesem Grund bei vermischten Vermögen der Eheleute, wo die Vermuthung des Eigenthum für den Ehemann spricht, (S. 63 Not. 17), vor dessen Theilung die Einwilligung des Hauptes der Familie, des Ehemannes, durchaus

18) Schweppe, röm. Privatrecht §. 234.

nothwendig ist, wenn über einen Theil an jenem rechtsgiltiger Weise verfügt werden will.

Aus diesen allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten kann daher keine einseitig letztwillige Verfügung über Theile des noch in Gemeinschaft des Eheconsortiums befindlichen, nicht einmal ideell getrennen Vermögens, ohne beiderseitige Einwilligung als gerechtfertigt erscheinen, muß vielmehr ohne vorausgehende, gleichzeitige oder nachfolgende Genehmigung des mitbetheiligten Ehegatten sich nothwendig als eine vom Anfang nichtige Handlung darstellen. Schon aus diesem Grund, doch auch noch aus einem zweiten, dritten und vierten, nemlich den des altteutschen mundiums, oder Schutzrechts des Ehemanns über die Ehefrau, das zwar nach bayerischem Civilrecht keine eigentliche Curatel über die Ehefrau, wohl abr eine potestas maritalis über sie in sich schließt, vermöge deren sie über Güter und Rechte, die der Verwaltung und Verfügung des Ehemannes anvertraut sind, ohne dessen Vorwissen und Genehmigung nicht (also auch in der Regel nicht von Todeswegen) verfügen kann [18]), sowie zur Erhaltung seines Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Gesammteigenthum unter Lebenden; ferner wegen seines eventuellen, nach Verschiedenheit der Fälle noch erst zu bemessenden Anspruchs auf den Todesfall, an solchem, endlich aber zur Wahrung der rechtlichen Gleichheit zwischen den Ehegenossen selbst, erscheint die einseitige Verfügung jeder Ehegattin über gemeinschaftliche Vermögenstheile unzuläßig, nichtig. Daher wird vom Cod. civ. im §. 27 des Cap. 6 Th. I. den Verfügungen der Ehefrau unter Lebenden, ohne Einwilligung ihres Gatten, als präsumtiven Eigenthümer des ganzen ehelichen Vermögens, gar keine rechtliche Kraft, und von Todeswegen nur insoferne einige Wirksamkeit zugestanden, wenn der Mann vor ihr verstirbt, oder die Ehe wieder aufgehoben, d. h. das Eheband durch Scheidung getrennt wird; weil in beiden Fällen eine Ausscheidung des Ver-

18) Cod. civ. Thl. I. Tit. 6. §. 12 mit Annotationen dazu Nr. 3, 4 dann den Annotat. zu Cap. 7. §. 41. Nr. 3. B. Schmidt, T. 3. Art. 2. Nr. 14. seines stat. Bav.

mögens die Folge davon ist, und der Geschiedene oder Ueberlebende dann erst über seinen ausgeschiedenen Antheil in der Regel frei zu verfügen befugt ist. Wenn die Annotationen in einer Stelle sagen, daß der Ausdruck des Gesetzes, „wenn die Ehe wieder aufgehoben ist,“ auch von dem Fall zu verstehen sei, wenn die Frau vorwegstirbt, so beruht dies auf der Voraussetzuug, daß dadurch nur die Herausgabe der Illaten, oder des sonstigen, schon vorhandenen Eigenthums der Ehefrau, an ihre Erben, durch den überlebenden Ehemann, herbeigeführt wird; oder wenn sie über vorbehaltenes Vermögen verfügt hat; nicht aber kann dies auf den Fall bezogen werden, wo sie über ihren noch ungewisseu Errungenschaftsantheil verfügt, da erst eine Ausscheidung, Berechnung nnd Ausantwortung desselben durch das vorausgehende Ableben der Ehefrau bedingt ist. Doch versteht sich von selbst, daß eine solche Verfügung auch im ersten Falle nur unbeschadet der Nutznießungsrechte des Ehemanns an der dos erfolgen dürfe, widrigenfalls der Ehemann allerdings vollen rechtlichen Grund hätte, das Testament seiner Frau insoweit als inoffiziös anzufechten. Schon darum, und um unnöthige Prozesse zu verhüten, entspricht seinem Rechte, von den letztwilligen Verfügungen seiner Ehefrau Kenntniß zu nehmen, um Beeinträchtigungen seiner Ansprüche von vorne herein zu verhüten, die Pflicht des Richters and des Notars, ihn bei letztwilligen Dispositionen seiner Ehefrau beizuziehen. Die Legitimation zur Sache muß auch bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit berichtiget und beobachtet werden, darüber ist die Theorie unzweifelhaft [19]). Da es ferner in der Befugniß der Eheleute liegt, sich in reciproken Testamenten oder auch in correspectiven letztwilligen getrennten Verfügungen, wechselseitig zu Erben

19) Vergl. allg. Gerichtsordnung für die preuß. Staaten Thl. II. Tit. 2. §. 24 bis 26 und Tit. 4. §. 1., die hier nur gemeines Recht sich angeeignet hat. v. Leonrod vom Verfahren bei den Handl. der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bamberg 1817. §. 21 ff. Puchta, Handb. des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen Thl. I. §. 43 und 44.

einzusetzen, so ist die Pflicht des Richters und Notars zur Adcitatiou des Ehemannes, schon der Gleichberechtigung der beiden Eheleute halber, dringend nöthig; denn außerdem könnte der Fall eintreten, daß ein Ehegatte dem anderen zum Universalerben einsetzte, in der Voraussetzung, daß es der andere gleichfalls aus Pietät thue; dieser aber, alle Rücksichten bei Seite setzend, den anderen durch Heimlichkeit täuschen und gänzlich präteriren würde. Solche Täuschung, Treulosigkeit und Verletzung der Rechtsgleichheit beider Ehegatten dürfen Richter und Notäre bei Testamentsaufnahmen nicht begünstigen, wenn sie mit Umsicht verfahren und, wie ihre Pflicht bei Acten der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt ist, künftige Prozesse verhüten wollen. Würde unter Außerachtlaßung dieser wenigstens moralischen Obtiegenheit, dennoch in einzelnen Fällen die heimliche Auf- oder Abnahme einseitiger letztwilliger Verfügungen der Ehegatten stattfinden, so können solche zwar durch nachfolgende oder nachträgliche, ausdrücklich oder stillschweigende Einwilligungs-Erklärung des Ueberlebenden aufrecht erhalten werden, außerdem aber, wenigstens insoweit nicht zu Recht bestehen, als die statutenmäßigen Ansprüche des Ueberlebenden an dem Vermögen des Verstorbenen dadurch würden beeinträchtigt worden sein. Annotationen zu Thl. I. Tit. 6 §. 27 Nr. 4.

§. 8.

Lösung der Controverse, ob das dem Münchner bürgerlichen Ehegatten auf den kinderlosen Todesfall zugestandene Universalerbrecht eine Intestaterbschaft oder als auf Statut beruhend, gleich einem pactirten Erbrecht zu beurtheilen sei?

Nach diesen Erörterungen über die statutarische Portion des überlebenden Ehegatten, nach dem neueren bayerischen Civilrecht, unter der Voraussetzung der Errungenschaftsgemeinschaft, gelangen wir noch zur Beurtheilung des dem überlebenden bürgerlichen Ehegatten in der Stadt München auf den kinderlosen Todesfaii durch das ältere Statutarrecht und das Priv. Albert. v. J. 1500 zugesicherten Universalerbrechts in das Vermögen deu Verlebten. Dieses Erbrecht beruht auf

der durch das Privilegium erfolgten landesherrlichen Bestätigung eines von unverdenklichen Zeiten in der Stadt München bestandenen Gewohnheitsrechtes, das schon nach dem Statut von 1347 vom Herzog öffentlich anerkannt war, das also lange ehe das römische Erbrecht in Teutschland Einfluß gewann, was wie schon oben bemerkt wurde, nicht vor Abfluß des 15. Jahrhunderts erfolgte, seine vollständige rechtliche Begründung hatte, und zwar unter der in Bayern längst zur Herrschaft gelangte weitere Rechtsgewohnheit, drß zwischen den Ehegatten nur Gewinn und Verlust gemeinschaftlich oder dominium pro indeiviso quoad acquaestum, alles andere Vermögen aber während der Ehe wenigstens in der Verwaltung und Benützung zwar vereinigt, aber sonst geschieden, also kein Gesammteigenthum war, und nur im Moment des kinderlosen Todes des einen Ehegatten in eine ungetrennte Masse zusammenfloß, und von da an ipso facto das unantastbare Alleineigenthum des Ueberlebenden wurde. Mag man das Recht des Ueberlebenden am Ganzen auch eine Erbschaft nennen, so kann es doch nur auf Erbrecht im teutschen, nicht aber auf Intestaterbrecht im römischen Sinn bezogen werden.

So lange die altgermanische Gerichtsverfassung mit Schöffen oder Urtheilern, denen nur die vaterländischen Rechtsübungen, nicht ausländische Rechte, in der Regel, bekannt waren, fortbestand, die sich in Bayren bis zu Ende des fünfzehnten Jahrhunderts erhielt [1]), so lange konnte auch von gesetzlicher Anwendung des römischen Rechts und insbesondere der römischen Intestaterbfolge dort wenigstens und namentlich um 1347 noch keine Rede sein. Das Münchner Stadtrecht von diesem Jahr sprach aber schon nach Art. 307 dem überlebenden Ehegatten das Ganze unbedingt auf den kinderlosen Todesfall zu; es bleibt jedoch zweifelhaft, wie schon oben im §. 6 erörtert worden ist, ob damals wenigstens, nach dem Tode des Ueberlebenden das Ganze nicht unter die beiderseitigen Ver-

---

1) Maurer, Gesetz des altgerm. und namentl. altbayerischen Gerichtsverfahrens §. 84. Mittermaier, Grundsätze §. 14. Annotationen zum Thl. I. Cap. 2. §. 8. Nr. 15. 16. 17. 19.

wandten wieder zur Theilung kam? Der einzige Vorbehalt, den das Statut machte, war die Aufrechthaltung des Seelgeräths des Verstorbenen. Es verstand sich jedoch wohl von selbst, daß im Einverständnisse beider Ehegatten schon damals auf den kinderlosen Todesfall, uralter teutscher Rechtsgewohnheit gemäß, über das beiderseitige Vermögen durch einen Erbvertrag verfügt werden konnte. Dieses Recht im Auge behaltend, bestätigte dann erst das Priv. Albert. gerade am Beginn des 16. Jahrhunderts, also in dem kritischen Moment, wo es sich darum handelte, altes Recht gegen den Einfluß des nach dem Schluße des 15. Jahrhunderts erst zur Geltung gelangenden römischen Erbrechts und die Vermischung desselben mit teutschem Erbrecht zu verhüten, das Letztere aber in seinem wesentlichen Elementen sicher zu stellen, das althergebrachte Erbrecht des überlebenden, kinderlosen Ehegatten am ganzen getrennien oder ungetrennten Vermögen, unter der Voraussetzung, daß darüber nicht durch Erbvertrag anderweit und namentlich nicht in einem bei Schließung der Ehe errichteten Ehe- und Erbvertrag, also mit beiderseitiger Einwilligung, letzwillig verfügt worden sei, und ohne ihm die Verpflichtung aufzuerlegen: seiner oder seines Erblassers nächsten Verwandten etwas davon hinterlassen zu müssen. Daraus erklärt sich auch warum im Privilegio nur vom Vertrag oder (Geding) was ursprünglich gleiche Bedentung mit Geschäft oder Todgeschäft hatte, nicht aber auch vom Testamene, welches dann später freilich auch unter der generellen Benennung von Geschäft mit begriffen wurde, die Rede sein konnte, weil man damals, als dieses Erbrecht sich begründete, von dem römischen Institut der Testamentserrichtung noch gar keine Kenntniß hatte. Schmidt, comm. ad tit. 37 Art. 1 Nr. 9 scheint die Sache ebenso angesehen zu haben, wenn er die Ansicht aussprach: daß pacta success. mixta im Sinne des Cod. civ. M. Thl. III. cap. II. §. 1 et annot. unter die Erbverträge als Todgeschäfte gehören[2]). Eigenthum an liegenden Gründen wurde anf den Todesfall durch gerichtliche Auflassung an offener Gerichts-

---

2) Auer, Stadtrecht LXXXIII. Not. 2.

schranne zur Erlangung der Gewähre daran, oder durch die Ausfertigung eines Gerichtsbriefes darüber übertragen; Verfügung über Mobiliarvermögen konnte noch auf dem Todtenbett, selbst nur durch einseitige mündliche Willensäußerungen giltig erfolgen. Um sie aufrecht zu erhalten, genügte es, wenn sie nur durch zwei Zeugen geistlichen oder weltlichen Standes, männlichen oder weiblichen Geschlechts, erwiesen werden konnten. Das Priv. Albert. hat daher das in Rede stehende teutsche Universalerbrecht nicht alternativ, an die Existenz entweder eines Erbvertrages, oder eines Testaments gebunden, vielmehr nur mit Ausschließung des Letzteren, an das Nichtvorhandensein eines Erbvertrages allein. War dieser nicht vorhanden, so konnte das statutarische Erbrecht des Ueberlebenden durch Testament keineswegs entzogen, geschmälert, oder beschwert werden. Es war somit kein Universalintestat-Erbrecht im römischen Sinne, auch keine bloße statutarische Portion am Ganzen, vielmehr ein statutarisches, teutsches Erbrecht an allen Gütern des verstorbenen Ehegatten, sie mochten zu dessen eingebrachten oder zu dessen errungenen Vermögen gehören, während der Ueberlebende das ihm selbst gehörende Vermögen nur behielt, oder aus dem ehelichen Vermögen wieder ausgeschieden, zurükl erhielt, und über das Ganze nun unter Lebenden oder von Todeswegen frei verfügen konnte, ohne auf die beiderseitige Sippschaft und ihre nach früheren Gewohnheiten etwa begründet gewesenen Ansprüche an heimfälligen, liegenden oder fahrenden Gut, mehr Rücksicht nehmen zu müssen, ohne auch den Stammverwandten des zuerst Verstorbenen mehr ein Successionsrecht daran eventuell vorzubehalten. Es vermag daher kein, in einem einseitigen Testament, eingesetzter Testamentserbe gegen das Erbrecht des überlebenden kinderlosen Ehegatten, ohne dessen Genehmigung auch jetzt noch aufzukommen. Zugleich verlieh aber der Herzog aus besonderer Gnade den Bürgern seiner Residenzstadt durch das ertheilte Privilegium vollen Schutz gegen alle eventuelle fiscalische, Ansprüche an den Nachlaß, wenn darüber nicht durch Vertrag oder Testament, in Mangel aller Blutsverwandten verfügt war, und wollte dem überlebenden Ehegatten den Vorgang vor der Fis-

cus eingeräumt wissen. Ein solches Recht könnte zwar als ein exorbitantes erscheinen, und in der That könnte man zu dem Glauben versucht werden, ob als auch v. Kreitmayr es als etwas ganz ungewöhnliches, ja unerhörtes habe bezeichnen wollen, wenn in den Annotationen zu §. 35 gesagt ist

„etwas ganz Besonderes hat das hiesige Stadtrecht hierinfalls an sich;"

allein es ist nicht anzunehmen, daß dieser erste und ausgezeichnetste bayerische Rechtsgelehrte und Praktiker seiner Zeit, bei seiner großen Erfahrung und Belesenheit eine solche beschränkte Ansicht könne gehegt haben, vielmehr vorauszusetzen, daß er dieses Recht der Münchner Ehegatten nur im Verhältniß zum allgemeinen bayerischen Civilrecht, welches desfalls im §. 38 ganz andere Bestimmungen auf den kinderlosen Todesfall getroffen hatte, als eine statutarische Abweichung davon bezeichnen wollte. Denn ihm wenigstens konnte nicht entgangen sein, daß dasselbe Universalerbrecht des überlebenden Ehegatten, so wohl bei allgemeiner als particulärer Gütergemeinschaft des Erwerbes, in gar manchen andern teutschen Ländern gleichfalls noch jetzt vorkommt oder wenigstens früher vorkam, ehe es etwa durch nene Rechtsbestimmungen verdrängt worden ist, und daß daher nichts Unerhörtes oder ganz Ungewöhnliches dem Münchner Statut hierbei zu Grunde lag, wovon noch weiter unter ausführlicher die Rede sein wird; so wie daß er mit dem im fünften Theil der Anmerkungen gebrauchten Ausdruck einer successio ab intestato keineswegs die Behauptung aufstellen wollte, daß es kein teutsch statutarisches, sondern ein eigentliches Intestaterbrecht sei. Darin liegt nur der Sinn, daß gegen dieses statutarische Erbrecht keine Testamentserbfrlge Platz greifen könne, daß es in so ferne eine successio ab intestato sei, weil es nur durch Erbvertrag der Betheiligten abgeändert werden könne, und in so ferne eine successio non pactitia, non pactata sei [3]). Es kommt daher

3) Dasselbe sagt Auer: S. LXXXIV. ad Nr. 4 und LXXXV., nur kann ihm insoferne nicht beigepflichtet werden, als er den generellen Ausdruck Geschäft, Todgeschäft auf den engeren Begriff von Testa-

dieses teutsch statutarische Erbrecht unter allen Voraussetzungen in seinen Wirkungen ganz mit demjenigen Rechte überein, welches bei vorausgegangener allgemeiner Gütergemeinschaft in der Regel dem überlebenden Ehegatten an dem ganzen ehelichen Vermögen zusteht, und ist in so ferne nicht an die Voraussetzung eines oder des anderen ehelichen Güterstandes gebunden, greift vielmehr unter allen Umständen Platz, es mag durch Vertrag oder Statut völlig getrennter Güterstand ohne Errungenschaftsgemeinschaft, jedoch ohne Verfügung auf den Todesfall, eingegangen worden, oder nach allgemeiner Landesgewohnheit nur Errungenschaftsgemeinschaft neben sonst getrennten Güterstand herrschend sein, oder endlich allgemeine eheliche Gütergemeinschaft ohne Verfügung auf den kinderlosen Todesfall durch Vertrag eingegangen, oder die Ehe auswärts unter dem Einfluß herrschender Gütergemeinschaft geschlossen und von nach München übersiedelten Ehegatten ohne letztwillige Verfügung auf ihr kinderloses Absterben, dort nur fortgesetzt worden sein, indem in diesem Fall dem Ueberlebenden die Wahl frei steht, ob er das Erbrecht des Orts der eingegangenen oder des Orts der aufgelösten Ehe, als das ihm vortheilhafteste wählen wolle[4]). Daraus erhellt der universelle Standpunkt den das Priv. Albert. bezüglich des in Rede stehenden Erbrechts behauptet, und daß die Frage: ob zu München allgemeine oder nur particuläre Gütergemeinschaft herrsche? völlig irrelevant in Beziehung auf das Erbrecht des Ueberlebenden ist.

Wie als wenn Herzog Albrecht den erweiterten Flor seiner Residenz durch das Zusammenströmen von Gatten aus verschiedenen teutschen Landestheilen im prophetischen Geiste vorausgesehen hätte, bestätigte er durch ein Privilegium den Bürgern derselben ein althergebrachtes teutsches Erbrecht, ohne alle Rücksicht auf die Art des vorausgegangenen Güterstandes, in

menten oder Codizillen beschränken will, indem darunter an und für sich Erb-Vertrage wie andere letztwillige Verfügungen subsumirt werden können.

4) Glück, Pandekten Comment. Thl. 25. S. 269 u. 270.

der offenbarsten, wohlmeinenden Absicht, deren Wohlstand vor anderen zu begründen, und der Vermögenszersplitterung derselben durch Erbvertheilungen möglichst vorzubeugen. Denn es ist schon die Fassung des Art. 307 des Münchner Stadtrechts, an 1347 der Art., daß er sich nicht nur ohne Zwang auf das römische Dotalsystem, sondern auf auch allgemeine Gütergemeinschaft, so wie auf vertragsmäßiges Erbrecht anwenden läßt, um so mehr auch auf Errungenschaftsgemeinschaft[5]).

Daß und warum übrigens einseitige Testamentserrichtungen von Münchner, wie überhaupt von bayerischen Ehegatten in der Regel ohne rechtliche Wirkung seien, und daß, wenn sie Giltigkeit erlangen sollen, die Genehmigung des anderen Ehetheils auf irgend eine Art erholt werden müsse, bei Ehefrauen insbesondere, die des Ehemannes, ist schon im vorigen Paragraphen ausführlich nachgewiesen worden. Dadurch steht nun das Erbrecht des in kinderloser Ehe überlebenden Ehegatten in seiner Eigenschaft als statutarisches nicht aber als Erbrecht ab intestato, im römischen Sinne, fest. Das Privil. Albert. gieng aber insofern einer Schritt, weiter als der Art. 307 des alten Münchner Stadtrechts vom Jahre 1347: als es auch für den Fall, daß der überlebende Ehegatte kinderlos ohne letztwillige Verfügung, Vertrag (Geding) verstürbe, nur seinen nächsten Blutsfreunden, nicht auch denen des verstorbenen Ehegatten noch ein Successionsrecht zugestand, oder reservirte.

Auer hatte nach allen diesem vollkommenen Recht, wenn er die Behauptung aufsstellte, daß das in Rede stehende Erbrecht gleich einem paktirten zu betrachten sei, d. h. durch Testament nicht mehr entzogen, geschmälert, beschwert werden könne. In neuer Zeit wurde dieser ucsprünglich nur auf den alten Burgfrieden der Stadt München anwendbares Statut und Gewohnheitsrecht auch auf die Bürger der zu Letzterer gezogenen, benachbarten Orte Au, Giesing und Haidhausen [6]) zur gleichmäßigen Begünstigung ihrer Bürger ausge-

5) Blätter für Rechtsanw. XIII. 355.

6) Regierungsblatt 1854. Nr. 20 u. 21.

dehnt, indem durch das Gesetz vom 22. Februar 1855 bestimmt wurde, daß es im ganzen Umfange der Burgfriedens-Grenze, so weit sich dieselbe dermal erstreckt, oder künftig erstrecken wird, zur Anwendung komme[7]).

Es ist bei diesem wiederholten Act der gesetzgebenden Gewalt in Aufrechthaltung des Priv. Albert. als Ortsstatuts, und der sonstigen Gewohnheiten von um so großen und zeitmäßen Interesse, sich über dessen Inhalt vollkommen klar zu werden. Unter die Ortsgewohnheiten gehört nun auch das Vorrecht: vor zwei statt vor sieben oder weniger erbetenen Zeugen Männern oder Weibern, testiren zu können, mit der Beschränkung, daß Analphabeten und Blinde noch einen Notar oder dritten Zeugen beiziehen müssen[8]).

§. 9.

Beleuchtung und Widerlegung der gegen die Annahme eines teutsch statutarischen Erbrechts der Münchner bürgerlichen Ehegatten auf den kinderlosen Todesfall von einzelnen Rechtsgelehrte vorgebrachten Bedenken und Einwürfe, und Schluß.

Wir begegnen hier:

1) der Erinnerung, daß der Gesichtspunkt bedungenen Erbschaft, welchen Auer an die Hand gegeben habe, eine contradictio in adjecto in sich schließe, weil es gerade Voraussetzung des Erbrechts, der Münchner Bürger sei, daß es nicht durch Verträge abgeändert worden[1]). Auer hat nun zwar gesagt, daß dieses Erbrecht nach den Grundsätzen der bedungenen Erbschaft zu beurtheilen sei[2]); allein er konnte damit offenbar nur so viel sagen wollen, daß es in seinen Wirkungen nur einer bedungenen Erbschaft gleich käme, was keineswegs den vermeinten Gegensatz in sich schließt, wie der Verfasser des oben citirten Aufsatzes in den Blättern für

7) Gesetzblatt 1855. Stück 8.
8) Auer, Stadtrecht LXXVI. §. 17.
1) Bl. f. Rechtsanw. XIII. 358.
2) Auer, LXXXV.

Rechtsanwendung S. 354 selbst angenommen zu haben scheint. Dennoch kann dieses Erbrecht der Münchner Ehegatten gar wohl auch noch insofern als ein durch Vertrag erworbenes Recht angesehen werden, als man annehmen könnte, daß schon durch das, an einem bestimmten Ort unter dem Einfluß der Ortsrechte zu Stande gekommene Ehegelöbniß, mit nachgefolgter und bis zu dem Tode fortgesetzter Ehe, diejenigen Erbrechte stillschweigend erworben seien, welche das örtliche Statut den Eheleuten auf den kinderlosen Todesfall zusichert. Denn es ist jedes Ehegelöbniß offenbar ein auf wechselseitiger Einwilligung beruhender Vertrag, und die nachfolgende Ehe dessen Erfüllung. Hier schlagen die Rechtsregeln an: lex semper loqui praesumitur und non debet exprimi, quod tacite inest. Nicht also die stillschweigende Unterwerfung unter die Herrschaft des Ortsgesetzes allein, sondern auch die stillschweigende Genehmigung seines Inhalts, bei Eingehung des Ehegelöbnisses, als Vertrags an dem Orte der Geltung des Gesetzes, sind daher als Erwerbungsgründe eines solchen Erbrechts durch Vertrag zu betrachten, was schon der Rechtsspruch von 1484 mit den Worten sagen wollte:

„wenn sie zusammengeheirathet haben nach der Stadt Recht,"

mit andern Worten, wenn sie sich zu München verheirathet und das dortige städtische Erbrecht nicht sofort durch Vertrag ausgeschlossen oder modificirt haben. Es leuchtet aber von selbst ein, daß ein, durch einen früheren Vertrag stillschweigends erworbenes Recht, durch einen zweiten, spätern Vertrag wieder abgeändert werden könne.

Aus solchen Gesichtspunkten ließe sich denn auch Auers scharfsinnige Ansicht, daß (auch ohne einen Erbvertrag) das in Rede stehende Erbrecht nach den Grundsätzen der bedungenen Erbschaft cod. civ. III. Cap. 11. §. 1 zu beurtheilen sei, allerdings rechtfertigen, was indessen am Ende von jedem gesetzlichen Erbrechte der Eheleute gelten wird.

2) Wenn angenommen wurde, daß dem Erbrechte im Priv. Albert. ursprünglich allgemeine Gütergemeinschaft zur

Grundlage gedient hätte, und daß mit dem Verschwinden derselben nach dem Grundsatze cessante legis ratione, cessat lex ipsa die Universalsuccession des Ueberlebenden nach teutschem Rechte von selbst gefallen sei, so ist dagegen schon mit Grund, sowohl in vorhergehenden Ausführungen, als in den Blättern für Rechtsanwendung, erinnert worden, daß dies nach dem Geist der ältern Gesetzgebung, und insbesondere nach dem Münchner Stadtrechtsbuch nicht anzunehmen sei, und daß in Bayern von jeher getrennter Güterstand mit Errungenschaftsgemeinschaft, und schon lange bestanden habe, bevor römisches Recht in das Land eingedrungen sei, daher auch angenommen werden muß, daß sich die Art des Güterstandes seit undenklichen Zeiten in Bayern überhaupt, und insbesondere in der Stadt München im wesentlichen nicht verändert habe. War aber die allgemeine Gütergemeinschaft keineswegs die Quelle des genannten Successionsrechts und, wenn sie es auch ursprünglich gewesen wäre, so konnte deren Aufhören das Erbrecht des Ueberlebenden noch keineswegs in ein römisches Intestaterbrecht verwandeln, geschweige es gänzlich aufheben; indem doch letzteres allein im Begriffe des Cessirens eines Gesetzes liegen würde [3]).

3) Der etwas gewagten Behauptung: daß das römische Recht in München, so gut, wie für ganz Altbayern, schon durch die ältern Gesetzgebungen und insbesondere durch den Civil Codex von 1756 die Grundlage des gesammten Rechtslebens geworden, wogegen alle besondern Statutarrechte die Stellung und den Character vor **Ausnahmsrechten** einnähmen, worauf schon die Bestätigung des Münchner Statutarrechts unter der Form eines Privilegiums hindeute [4]), darf ganz einfach mit der in §. 1 u. 7 enthaltenen Deduction und mit denen in Cod. civ. Cap. 2. Th. I. §. 11 bis 13 und 16 ausdrücklich das Gegentheil, besagenden und in den Annotationen noch weiter erläuterten Grundsätzen begegnet werden, so wie damit, daß

3) Bl. f. R. Anw. Bg. 13. S. 356.
4) Bl. f. R. Anw. l. c. S. 337.

ein Privilegium nur ein individuelles Recht gewähre, keineswegs aber mit einem beneficium legis, oder singulärer Rechtswohlthat zu verwechseln, eine nur unter dem Namen, aber nicht mit dem Wesen eines Privilegiums ertheilte, landesherrliche Bestätigung eines Statuts, aber von beiden vorgenannten Rechtsquellen gänzlich verschieden ist. Wir erinnern ferner daran, daß im J. 1347 das römische Erbrecht in Bayern noch keinen Einfluß hatte, vielmehr dort, wie in ganz Teutschland, erst nach Ablauf des 15. Jahrh. sich Geltung verschaffte, und daß eben das Priv. Albert. zum Schutz gegen den zerstörenden Einfluß des römischen auf das teutsche Erbrecht von dem Münchner Stadtrath, welcher seine uralten Statutarrechte der drohenden Vergessenheit entzog und dem Herzog zur Erneuerung und Bestätigung vorlegte, gegeben war; so daß sich in demselben weder römische Anschauungsweise wider Willen eingeschlichen hat, noch den ungestaltenden Einfluß des römischen Rechts auf das Gewohnheitsrecht Raum gegeben wurde. Es stand auch dieses Münchner Erbrecht mit den römischen Rechtsprinzipien stets in größter Disharmonie, und nur der Verläugnung allgemein anerkannten Interpretations- und Rechtsregeln, wie dem Uebersehen der wesentlichsten Verschiedenheiten, kann es zugeschrieben werden, wenn nach den Meinungen einiger Rechtsgelehrten dieses locale Erbrecht in die römische Intestaterbfolge verkehrt worden wäre. Es ist ferner keinem Zweifel unterworfen, daß nicht das römische Recht allein, vielmehr das gemeine in Teutschland geltende Recht, welches neben römischen und canonischen Rechtsbestimmungen auch Reichsgesetze und teutsche Gewohnheitsrechte, nicht in einander vermengt, und sich durchkreuzend, sondern in Bewahrung ihrer Eigenthümlichkeit, neben einander gestellt und aneinander gereiht, in sich schloß, die Grundlage der bayerischen Civilgesetzgebung vom J. 1756 gewesen ist, und noch jetzt subsidiär das römische Recht aber nur in sehr in beschränkten Maaße, zur Anwendung kommt.

4) Der Ansicht, daß das Erbrecht den Münchner kinderlosen Ehegatten, gleich den der bayerischen Ehegatten, nach dem cod. civ. auf Intestaterbrecht beruhe, ist schon im §. 7

begegnet worden; der weitern Ansicht aber, als ob der in dem Priv. Albert. gebrauchten Ausdruck: „Erben" für Intestaterbrecht im römischen Sinne spreche, steht die Erwägung entgegen, daß es auch in Teutschland schon Erben und Erbschaften gab, ehe das römische Recht eintrat, und daß also der genannte Ausdruck sich nicht auf römisches, sondern auf teutsches, und insonderheit bayerisches Erbrecht beziehe [5]). Um aber dem Erbrecht der kinderlosen Ehegatten nach dem Priv. Alb. vollends den Anstrich eines römischen Intestaterbrechts und den Charakter des Exorbitanten zu benehmen, und von ihm den Schatten eines Privilegiums, oder individuellen Ausnahmsrechts von dem allgemeinen Civilrechte vollends zu entfernen, sei es vergönnt außer dem, darüber schon im § 3. Seite (16—21) und §. 7. Seite (60—61) Gesagten, noch einen Blick auf die desfallsigen Bestimmungen anderen teutschen und namentlich fränkischen Landesstatute zuwerfen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß sowohl unter dem Einfluß der ehelichen Gütergemeinschaft, als den aller übrigen Güterstände, das ganz gleiche, oder wenigstens ihm sehr nahekommende Erbrecht der Ehegatten auch in andern teutschen Gauen usuell war, und größtentheils noch ist. So ist z. B. bei kinderlosgebliebenen Ehen der überlebende Ehegatte

A. nach Bamberger Recht, und zwar,

1) bei dem Güterstande des gemeinen Rechts, oder dem Dotalsystem, im Mangel von Ascendenten und Descendenten, der Ueberlebende alleiniger Erbe des Verstorbenen [6]).
2) Bei Errungenschaftsgemeinschaft desgleichen [7]),
3) bei dem vertragsmäßigen Güterstand der wechselseitigen Erbfolge, worin getrenntes Vermögen der Ehegatten ohne Vermischung stattfindet, schon in Mangel von Kindern eben so, ganz unbedingt [8]);

---

5) Blätter f. R. A. Bd. 13. S. 358. 359.
6) v. Spies, Handb. des bamberg. Provinzialrechts S. 45.
7) v. Spies a. a. O. S. 52.
8) v. Spies a. a. O. S. 36. 53. 54. 55.

4) bei allgemeiner Gütergemeinschaft im Mangel von Kindern gleichfalls unbedingt, die Ehe mag auf Gütergemeinschaft entweder ausdrücklich, oder stillschweigend, durch Vertrag oder ohne solchen nach Verfluß von Jahr und Tag eingegangen worden sein [9]).

Nur in den ersten beiden Fällen kann das Erbrecht des Ueberlebenden durch Testament modificirt werden, schwerlich aber dürfte anzunehmen sein, daß ihm sein statutarischer Theil gänzlich dadurch entzogen werden dürfte; wenigstens war in den gesammelten bambergischen Gewohnheitsrechten von 1681 bestimmt, daß, wenn bei allgemeiner Gütergemeinschaft ohnehin das Erbrecht des Ueberlebenden durch Testamente nicht beeinträchtigt werden dürfe, auch dann, wenn eine Gewohnheit oder Statut über die ehelichen Güter und die Succession in solche, etwas gewisses bestimmt habe, oder vorschreibe, daß beiden eine gewisse Erbportion zukomme, kein Ehegatte zum Präjudiz oder zur Verminderung desselben disponiren dürfe [10]).

Dieses Gewohnheitsrecht gieng der bambergischen neuen Gesetzgebung vom J. 1769 voran, und wenn diese auch die Testamentserrichtung in den ersten beiden Fällen zugelassen hat, so darf doch mit ziemlicher Sicherheit angenommen werden, daß sie nur Modificationen hinsichtlich des statutarischen Erbrechts nach den verschiedenen Güterständen, und Testamentserrichtung nur unter dem stillschweigenden allgemeinen Vorbehalt, daß nämlich das statutarische Erbrecht dadurch nicht beeinträchtigt oder ganz entzogen werden dürfe, zuließ.

B. Bei der ex statuto herrschenden ehelichen Gütergemeinschaft, oder in unverdingten Ehen, räumten ein Erbrecht unter denselben Voraussetzungen dem überlebenden Ehegatten auf den kinderlosen Todesfall, wenn kein Testament oder Vertrag errichtet wurde, ein,

---

9) v. Spies 60. 61. 82.

10) Justus Veratius libellus consuetudinum princ. Bamb. de 1681 u. 1733. P. 69—70. ss. et v. Ludewig script. rer. episcop. Bamberg p. 935. ss.

1) die nürnbergische Reformation nur im Mangel aller Blutsverwandten am Ganzen, sonst aber in der Hälfte des Vermögens des Verstorbenen [11],

2) die bayreuthische Landesconstitution auf das Ganze, mindestens aber an der Hälfte [12].

C. Bei statutarischer Errungenschaftsgemeinschaft kannten es folgende Particulargesetze, als

a) das Ansbacher Recht, und zwar als eine althergebrachte Gewohnheit in unverdingter Ehe für den Fall, daß auch keine Ascendenten vorhanden seien; doch scheint es, daß die frühere Praxis sogar die Eltern ausgeschlossen hatte, daher bei verdingten Ehen noch häufig Renunciationen der Letzteren statt finden, sowie denn dort auch früherhin das Erbrecht in das Heergeräthe und in die Riftel herkömmlich war, die nur später aufgehoben wurden [13].

b) Auch bei verdingten Ehen war dieses Erbrecht nach Bayreuther Constitution den Ehegatten aufs Ganze, mindestens aber auf die Hälfte des Vermögens des Verstorbenen eingeräumt, doch wurde hier, wie überall das Nichtvorhandensein einer anders verfügenden Eheberedung vorausgesetzt [14].

c) Das Würtemberger Landrecht gab den überlebenden kinderlosen Ehegatten außer seinem Eingebrachten und sonstigen Eigenthum von des verlebten Gatten Nachlaß die Hälfte, mindestens ein Viertel, als statutarischen Erbtheil, die andere Hälfte fiel an die Blutsfreunde [15].

d) Die Frankfurter Reformation, gesteht, ganz nach teutscher Gewohnheit, und ausdrücklich im Gegensatze von den Be-

---

11) Siehe oben S. 16.

12) Siehe oben S. 14 u. 15.

13) Amtsordnung v. 4. April 1608. Heuber, Realinder S. 4. 5. 15, 20. 17.

14) Bayreuther Landesconstitution Tit. VII. §. 1—3, 6. 13 und Tit. IX. §. 7.

15) Meurer tract. jundic. von Erbschaften S. 58 bis 62 und von Testamenten S. 49.

stimmungen des römischen Erbrechts, bei getrenntem Güterstand, dem Ueberlebenden, wenn kein Vertrag oder Testament vorliegt, den ganzen Nachlaß des Verstorbenen zur lebenslänglichen Nutznießung zu, und außerdem eigenthümlich die ganze Errungenschaft und das zugebrachte Vermögen des Verstorbenen und darf ihm solches durch Testament nicht entzogen werden [16]).

Ueberall wurde hiebei vorausgesetzt, daß kein Geschäft oder Erbvertrag vorliege, was eben Todgeschäft hieß.

Dies war nun auch nach dem bayerischen ältern Rechte der Fall, und das Priv. Alb. hat eben darum das Erbrecht des kinderlos Ueberlebenden nur an die alleinige Voraussetzung gebunden, daß kein solcher Vertrag errichtet worden war.

Die Bestimmung anderer neuerer Rechte, daß auch kein Testament vorliegen dürfe, ist offenbar nur Folge des zunehmenden Einflusses des römischen Intestaterbrechtes, welches aber meist in der Art modificirt ist, daß wenigstens die statutarische Portion dadurch nicht geschmälert werden darf.

Das Priv. Alb. erscheint daher keineswegs als eine Ausnahme von der Regel, vielmehr als ein dem Landesstatut vorgehendes Localstatut, welches glücklicher Weise seine reinteutsche Eigenthümlichkeit bewahrt hat, mithin nicht gleich einem Privilegium, als eigentlichem Ausnahmsgesetz, einschränkend zu interpretiren ist.

5) Der Entgegnung auf die Ansicht Auers: „daß das ältere Recht nur zwischen verdingten und unverdingten Ehen unterscheide, ohne der letztwilligen Verfügung die Wirkung des Ausschlusses des bei Ehen der letzteren Art durch Gewohnheit oder Gesetz, bei verdingten Ehen aber Kraft des Gedings eintretenden Erbrechts zuzuschreiben [17]),“ wie sie in den Blättern f. R. A. enthalten ist [18]), „es wäre nämlich dieser teutsch-

16) Meurer tract. juridic. S. 104 und 108 und von Testamenten S. 180.

17) Auer Stadtrecht LXXXIV ad 4.

18) Blätter f. R. A. Bd. 13. S. 361 ff. und oben Paragraph 1 der allgemeinen einleitenden Bemerkungen.

rechtliche Grundsatz längst aus dem bayerischen Rechte verdrängt, indem nach Letzterem nur Vertrag nicht aber Gesetz oder Gewohnheit, welche nur suppletorisch wirkten, die Privatwillkühr ausschlößen", steht entgegen: daß Statute dem Landrecht derogiren, daß teutschrechtliche Gewohnheiten schon vom gemeinen Rechte, wie vom Cod. civ. anerkannt sind und dem römischen Recht gleich stehen, ja sogar vorgehen.

6) Der weitern Ansicht, als ob sich ein dem Münchner Stadtrecht, als geschriebenem Gewohnheitsrecht, unter dem Einfluß des Cod. civ. Th. I. Cap. 2. §. 15. Nr. 4 entgegengesetztes Gewohnheitsrecht zu Gunsten der Intestaterbfolge gebildet habe, sind gewichtige Erwägungen entgegenzusetzen, und zwar:

a) der Umstand, daß wie schon oben §. 1 erwähnt wurde, die rerum judicatarum auctoritas von der sogenannten Usualinterpretation schon an sich verschieden, nach der ausdrücklichen Entscheidung des Cod. civ. Th. I. Cap. 2. §. 14 als Präjudiz die Kraft eines geschriebenen Generalgesetzes nicht hat, nach dem Präjudizgesetz v. 17. Nov. 1837 aber nur bei Gleichförmigkeit der Sachverhältnisse, als Plenarbeschluß dem obersten Gerichtshof zur Richtschnur dient, nicht aber die Unter- und Mittelgerichte zu gleichen Urtheilen verpflichtet, überdies die gegenwärtig behandelte Frage noch nicht durch einen solchen Plenarbeschluß entschieden worden ist [19].

b) Diesen Fall ausgenommen, gelangt keine sonstige Entscheidung durch das Reg. Bl. zur allgemeinen Publizität, indem nach bayerischem Prozeßgesetz nur eine partheiliche Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen und Entscheidungen statt findet, letztere daher in der Regel weder zur Kenntniß des größeren Publikums, noch der gesetzgebenden Gewalt gelangen. Da sie ebendarum sowohl der ausdrücklichen als stillschweigenden Gutheißung der Stände des Königreichs, als der Bestätigung des Königs gänzlich ent-

---

19) Blätter für R. A. a. a. O.

wehren, und, weil solche Gutheißung nun keineswegs mehr von der **alleinigen**, stillschweigenden Genehmigung des Landesherrn abhängen kann, so sind jene Entscheidungen immer noch als clandestine Handlungen zu betrachten. Das Erforderniß der Genehmigung von Seite der **gesetzgebenden Gewalt** ist gleichwohl zur Constituirung eines neuen entgegengesetzten Gewohnheitsrechts nach Cod. civ. Th. I. Cap. 2. §. 15. Nr. 4 und Cap. 1. §. 12 unter der Voraussetzung seiner Oeffentlichkeit, Beständigkeit, Gleichförmigkeit und Wiederholung unentbehrlich. Es ist aber nicht zu verkennen:

c) daß hiebei nicht blos die gesetzgebenden Gewalten mitzuwirken hätten, sondern auch die Mitglieder der betheiligten Stadtgemeinde München, oder wenigstens deren gesetzliche Vertreter, ihre desfallsige Willensmeinung zu erkennen geben müßten, weil es sich hier um ein Localstatut, nicht um ein allgemeines Gesetz handelt [20]), überdies der Gemeinde nach älterm und neuerm Recht, in Beziehung auf das Statut eine beschränkte Autonomie zukommt, und nach dem Ausschreiben v. 30. Oct. 1837 ohnehin jede Gemeinde zu Führung eines Statutenbuchs, worin alle prinzipiellen Beschlüsse einzutragen, angewiesen ist [21]). Der Magistrat zu München hat aber bisher noch keine Veranlassung genommen, ein abänderndes Statut darin einzutragen, eben so wenig die Bürgerschaft in ihren einzelnen Mitgliedern, oder durch das Collegium der Gemeindebevollmächtigten einen dergleichen Antrag zu stellen beabsichtigt. Auch ist das gemeindliche Autonomierecht keineswegs von der Bürgerschaft an das Stadt-Gericht übertragen worden.

d) Ueberdies haben die Bürger Münchens bis in die neueste Zeit an ihrem statutarischen Erbrecht festgehalten. Denn noch jüngst sind Fälle bekannt geworden, wo bei bedeutenden Verlassenschaften, gestützt auf Auers Autorität,

---

20) Cod. civ. Th. I. Cap. 2. §. 15. Nr. 1.

21) Döllinger, Verord. Samml. Bd. 11. S. 190.

Verwittwete die Giltigkeit der Testamente ihrer verstorbenen Gatten bestritten und ihre Gegner sich wenigstens zu Vergleichen, herbei ließen [22]), so daß in jeder Hinsicht die Bildung eines dem statutarischen Erbrecht entgegengesetzten, auf Intestaterbrecht abzielenden Statuts ganz unmöglich ist. Es ist aber schon im vorhergehenden siebenten Paragraphen gezeigt worden, daß das Ebrecht des Ehegatten nach den Cod. civ. selbst nichts weniger als ein Intestaterbrecht sei, mithin der Einfluß dieses Landesgesetzes eher die für die statutarische Erbfolge sprechende Ansicht begünstige.

7) Wenn dennoch behauptet werden will, daß dieses Erbrecht allgemein als bloßes Intestaterbrecht verstanden worden sei, und daß demzufolge eine Menge einseitiger Testamente der Münchner Ehegatten aufgenommen und stets ohne Anstand als giltig anerkannt worden seien [23]), so ist im Gegentheil zu behaupten, daß nach den Acten des kgl. Kreis- und Stadtgerichts München Fälle genug vorgekommen sind, wo der das Testament aufnehmende, umsichtige Richter es für nöthig erachtet hat, den andern Ehegatten bei der Testamentsabgabe des einen um seine Einwilligung dazu zu befragen. Ein Fall für mehrere, wo der eine Ehetheil zur Testamentserrichtung das andere v. k. Kreis- und Stadtgerichte München adcitirt wurde, ist der des verlebten k. Kreisbauraths Ott. Daraus erhellt, daß, auch noch in neuer Zeit, die übrigens mit den Bestimmungen des Codex civilis ganz im Einklang stehende alte Uebung, die schon durch das oben citirte Erkenntniß vom 12. Junius 1504 constatirt, wornach zur letztwilligen Erklärung des einen Ehegatten auch die Einwilligung des Andern nicht für überflüssig erachtet worden ist, beibehalten wurde. Oft ersetzte auch die nachträgliche Genehmigung eines Ehegatten zu dem Testament des Andern, seine nicht vorausgegangene oder gleichzeitige Einwilligung, und nicht immer kann vorausgesetzt werden: daß der

22) Blätter für R. A. a. a. O.
23) Bl. f. R. A. Bd. 13. S. 359.

testirende Ehetheil heimlich oder ohne Vorwissen seines Ehegatten handle. Jedenfalls aber liegt bei Aufnahme mündlicher Testamente zu Protokoll dem Richter die Pflicht ob, durch geeignete Fragen zu eruiren, ob der Testator über eigenes oder fremdes Vermögen verfügen wolle, ob er dabei nicht das Recht seines Ehegatten vernachlässige, oder beeinträchtige, vielmehr mit dessen Genehmigung verhandle? worüber schon im vorigen §. das Röthige gesagt ist, zumal noch immer zwischen den Ehegatten, während der Ehe, ein dominium ebenso gut als ein condiminium an der Errungenschaft, wo solche vorhanden ist, statt finden kann, und über einen nur eventuellen Errungenschaftsantheil nicht wie über ein schon ausgemachtes und bereits ausgeantwortetes Vermögen verfügt werden darf, worüber §. 8 die nähere Ausführung geliefert hat.

Das schreiendste Mißverhältniß träte aber vor die Augen, wenn vollends das dem überlebenden Ehegatten nach dem Priv. Albert. zugesicherte Erbrecht ihm vom andern Ehetheil einseitig durch Testament ganz entzogen werden könnte; während, ihm, wenigstens theilweise, nach Cod. civ. Thl. I. Cap. 6. §. 38 auf den kinderlosen Todesfall, seine statutarische Portion werden muß, die ihm durch Testament, wie oben gezeigt wurde, nicht entzogen, geschmälert oder beschwert werden kann; oder wenn, im Mangel von allen Verwandten des Erblassers, wohl gar dem Fiscus der Vorzug vor ihm eingeräumt werden wollte.

Ein Statutarrecht, das dem Münchner Bürger gegen alle übrigen altbayerischen Eheleute also verkürzen würde, wäre in der That ein sonderbares Vorrecht des Einwohners einer Residenzstadt, und kann unmöglich in der Absicht des Landesherrn jemals gelegen haben.

Bei Ausdehnung dieses Privilegiums auf die Einwohner der neuen Vorstädte in der Au, von Giesing und Haidhausen durch die gesetzgebende Gewalt [24]), hat diese doch jedenfalls denselben ein residenzstädtisches Vorzugsrecht vor ihren frühern

24) S. oben §. 8 am Ende.

Berechtigungen, nach dem Cod. civ. geben wollen, nicht aber eine Entziehung auch noch dieser beabsichtigt. Wäre der Gesetzgeber je der Ansicht gewesen, daß den Bürgern Münchens ihr Erbrecht auf den kinderlosen Todesfall durch Testament ganz oder theilweise entzogen werden könne, es nicht vielmehr durch einseitige letztwillige Verfügungen unantastbar sei, so hätte gewiß, wenigstens bei dieser Gelegenheit, eine offizielle Erklärung darüber, oder eine authentische Interpretation, als Zusatz zum Privilegium, erfolgen müssen, nachdem die darüber bestehenden Controversen damals längst zur Offenkunde gediehen waren. Denn da der Fiskus nur subsidiär die den Blutsverwandten zukommenden Vermögenstheile erben kann, nicht aber die Erbtheile der Ehegatten, welche keine Blutsverwandte sind, und keine Intestaterbportion beziehen; so ist schon nach dem Civilcodex nicht zu verkennen, daß der überlebende Ehegatte als statutarische Portion behalten muß, was ihm der §. 38 zuspricht, es mögen neben ihm Blutsverwandte des Erblassers, oder statt ihrer der Fiskus subsidiär als Erben auftreten. Das Priv. Albert. giebt aber vollends dem überlebenden kinderlosen Ehegatten den Vorzug vor den Ascendenten und Collateralen, wie vor dem Fiskus, der ihm nur durch Vertrag entgehen kann.



